

مذكرات
فى
تاريخ القانون

موجز المحاضرات التى ألقاها

الاستاذ عبده حسن الزيات

على طلبة الصف الاول في كلية الحقوق العراقية

عني بطبعها

عبدالجبار عريم

١٣٥٥ هـ — ١٩٣٧ م

مطبعة الجزيرة * بغداد

بيان

هذه مذكرات في تاريخ القانون كتبتها لطلاب الصف الاول بكلية الحقوق العراقية ، وأنا أول الشاعرين بنقصها وتفاهتها . واذا كان من واجبي أن أقر بهذه الحقيقة فان من حقي أن يعتذر المعتذرون عني بأن تاريخ القانون ليس معتبراً مادة مستقلة ، فقد جعل مع القانون الروماني مادة واحدة وانى لأرجو أن أكون قد وفقت في القسمة بينهما بالقسط .

ولقد قضى تشعب المادة بتعدد المراجع فعليّ أن أسجل شكري واعترافي بالفضل السابق لجميع الباحثين الذين ذكرت أسماءهم خلال المذكرات في المتون والحواشي متطلعاً الى اليوم الذي تزود فيه المكتبة العربية بمؤلفات في تاريخ القانون تكون أقرب ما يستطاع الى الكمال الذي قد يشق علينا دركه ولكننا لا يشق علينا رجاؤه ولن يسقط عنا جميعاً تكاليف السعي اليه ؟

بغداد في ذي القعدة ١٣٥٥
فبراير ١٩٣٧

عبده حسن الزيات

١

التعريف بالمادة وفوائد دراستها

خير من محاولة تعريف هذه المادة « تاريخ القانون » وبيان اهميتها ان ندخل في دراستها فيظهر لنا على ضوء هذه الدراسة اي شيء هي وما مركزها وجدواها . على ان الطالب قد يتعجل فيتطلع الى استكناه المادة واستعراف فائدتها قبل ان يعالجها بالدرس ويقطع شوطاً في مسالكها . لمثل هذا المتعجل يتقدم الباحثون في المادة بتعريف يتناسب وعجلته فيقولون ان التاريخ القانوني « يشمل دراسة الحالة الاولى التى نشأت فيها الشرائع القديمة وتكونت فيها المبادىء او النظم القانونية والوقوف على التطورات التي مرت بها تلك الشرائع والنظم والتعديلات المختلفة التي اصابتها خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت الى حالتها الحاضرة . »

وبهذا تكون تلك الدراسة وسيلة لتفهم الشرائع والمبادئ القانونيه المعمول بها في ايامنا « لان القانون في اي عصر من العصور ليس واقعة من وقائع المصادفة او نزعة عارضة من نزعات المشرع ، وانما هو نتيجة لتطورات تاريخية ولعوامل سياسيه واقتصادية واجتماعية متصلة الحلقات والمبادئ القانونية فى عصرها الاول هي

بالقياس لعلم القانون بمثابة طباق الارض الاولى بالقياس لعلم الجيولوجيا تلك الطباق التي كانت تحتوي جميع القوى الكامنة التي شكلت الكرة الارضية بعد ذلك في مختلف اشكالها وطباقها ».

فهذا قانون نابليون المعمول به فعلا للآن في فرنسا ، قد اعتمد الى حد كبير على فقه « بوتييه » الكاتب الفرنسي الذي بحث وفسر قواعد القانون الروماني فكان هذا القانون الاخير هو المصدر الاول للقانون المدني الفرنسي الحديث . وعن هذا القانون الفرنسي اخذ التشريع المصري المدني في اكثر اجزائه فكأن القانون الروماني مصدر ابعد للقانون المصري . والباحث اذا غم عليه الامر قد يستأنس باحكام هذه المصادر الاولى لما بين يديه من قواعد حديثة . بل هو قد يستأنس بتلك المصادر لتفسير هذه القواعد ولو كانت ، او كان يظن انها ، غير مستقاة منها (١)

---

(١) للتمثيل على ذلك راجع ما جاء في ثنايا حكم محكمة النقض والابرام المصرية : « الوصية تمليك والتمليك يستحيل ان يحصل لمعدوم غير موجود . وغير ممكن بحسب قوانيننا الاخذ بما اشار اليه حضرة محامي المطعون ضدها من أن القانون الكنسي القبطي يسير على مبادئ القانون الروماني التي كانت تجيز الايصاء بطريق الاستعقاب Ficliecommis اي مع التكليف بنقل الموصى به الى موجود او الى معدوم لما يوجد ، فانه على افتراض

وتاريخ القانون وسيلة نزيهة للتعريف بفضل الشعوب السابقة على المجتمعات الحاضرة فيما يتصل بالقانون . فلقد رأينا فيما تقدم كيف ان للقانون الروماني فضلا سابقاً على القانون الفرنسي وما اخذ عنه . فان نحن تقهقرنا خطوة ثانية الى الوراء

ان هناك قانوناً كنسياً فبطياً معترفاً به وعلى افتراض صحة ذلك ؛ فان اصول قانوننا مانعة منعاً كلياً من مثل هذا اذهي لا تجيز الابصاء لمتعاقبين لم يوجدوا الاعلى صورة الوقف . » (٢١ / ٦ / ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٤ — ع ٧) وراجع كتاب عقد الايجار لاستاذنا السنهوري بند ٧٨ ص ١٠٨ حاشية فقد استأنس باحكام بيع ملك الغير في القانون الروماني لحل الخلاف الذي ثار في مصر حول عقد البيع الذي لم يسجل بعد صدور قانون التسجيل .

وراجع كتاب الاستاذ احمد بك نجيب الهلالي عن عقد البيع ص ٢٥ — ٢٧ و ٣٣٥ فقد عاد الى الاحكام الرومانية ايضاً تمهيداً لايضاح بعض مسائل كتابه .

وانظر ايضاً ماجاء في كتاب استاذنا السنهوري « نظرية العقد » عند بحث الاكراه والغش والتضامن الناقص الخ . بحث العقود التبادلية الناقصة (١٣٣)

وتأمل الحجج التي تمسك بها من قالوا فى فرنسا بجواز شرط الاتفاق على التحكيم سلفاً قبل وقوع الخلاف Clause compromissoire فقد استأنسوا بروح التشاريع الفرنسية السابقة على تشريع نابليون وبينوا انها

رأينا استاذاً افرنسياً هو Revillout يكرس كتاباً خاصاً لفضل التشريع المصري القديم على القانون الروماني ويسميه « الاصول المصرية للقانون الروماني » Les origines Agyptiennes Du droir romain

---

الفرنسي اتجهت الى الترحيب بنظام التحكيم وعدم التضييق على الناس فى الاخذ به .

وراجع قضاء المحاكم المصريه في تفسير بعض مواد القانون المدني المصري التي يعود اصلها الى الشريعة الاسلامية كالمواد المتعلقة ببيع المريض مرض الموت فقد جاء فى بعض الاحكام : « نصت المادة ٢٥٥ مدني على انه في حالة البيع في مرض الموت لغير وارث اذا زادت قيمة المبيع على ثلث اموال البائع جاز للورثة الطعن في هذا البيع وهذا يخالف احكام الشريعة التي تقضي بانه اذا باع المريض في مرض الموت شيئاً لاجنبي صح بيعه وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله ولزم المشتري في هذه الحالة اكمال ما نقص عن ثمن المثل واعطاؤه للورثة فهي تنص صراحة على منع المحاباة فيما زاد عن ثلث اموال البائع . اما نصوص القانون فبحسب ما يفهم من ظاهرها فانها تبطل البيع فيما اذا زادت قيمة المبيع على ثلث اموال البائع . وقد اختلف الشراح فيما يجب اتباعه وترى المحكمة الاخذ بما نصت عليه الشريعة الغراء لأنها هى الاصل والتي كان قصد الشارع المصري نقلها الى القانون . » بندر المنصورة ١٩٣٦/٦/٣ (المحاماة س ١٦ ص ٩٨٣) . وانظر ايضاً الى استناد بعض المحاكم المصرية في تقرير ان حق الشفعة لا يورث الى اقوال فقهاء الشريعة .

ويقرر فيه ان كل ما اشتمل عليه قانون الالواح الاثني عشر مما يعتبر قاعدة قانونيه بمعنى الكلمة انما اقتبس عن مصر :

Dans la loi des Douze-Tables,tout ce que Pourrappeler un droit Proj rem entdi est imité due' egypte " «١»

فاذا القينا نظرة الى ما يقرره عالم غربي آخر هو الاستاذ شرمان وجدناه يرد القوانين المصرية الى القوانين البابلية اي قانون حمورابي . ولاشك ان اجراء موازنة بين قواعد القانون الروماني ومواد قانون حمورابي مما يوصي الاستاذ طلبته به (٢) .

(١) راجع مع هذا ماجاء في كتاب ملفيل عن مبادئ القانون الروماني (ص ٩) فقد قرر ان قانون الالواح قانون وطني اصيل وان اثر القوانين الاجنبية فيه تافه وان ما قيل من ايفاد بعثة الى اليونان لجمع مواد القانون غير صحيح .

(٢) ولا جدال في ان قانون حمورابي حري بالعناية وان بعض مواده لتسترعي الاعجاب وتدل على فطنة الى مبادئ العدالة — انظر مثلا الى م ٤٨ : « اذا كان احد الناس مديناً بدين ثم ارسل الاله (اداد) فيضاناً طغى على ارضه او هلك زرعه ، او لم يتم لقلة المياه ، فان هذا المدين يعفى من تقديم حبوب الى دائنه في ذلك العام كما يعفى من الفوائد الخاصة بنفس السنة . »

و م ٥٦ : « اذا فتح رجل فتحة المياه واغرق حقل جاره المغروس وجب عليه ان يعطيه عشر (جارات) من الحبوب مقابل كل (جان)

وكم من النظريات القانونية نحسبها طريقة مستحدثة فاذا البحث يكشف لنا عن مصادرها الاولى في هـذه الشريعه او تلك

و م ٩٤ : « اذا قبض تاجر حبوبًا من اصل دينهٔ ولكنه لم يخصم قيمتها مما له ولم يحرر سنداً جديداً او أضاف الفائدة الى الاصل فانه يلزم بان يرد ضعف الحبوب التي استلمها . »

و م ٢٣٣ : « اذا بنى بناء منزلا لرجل ولم يكن عمله كما يجب وتشقق جداره وجب على البناء ان يرمه على نفقته »

وفي الاحوال الشخصية ؛ م ١٤٢ : « اذا كرهت امرأة زوجها وقالت له : لن اكون لك ، بحث سبب ابغاضها اياه فان ثبت اعتناؤها به والا خطأ من جانبها ولكن زوجها يهملها فلا لوم عليها ولها ان تأخذ بائنتها وتعود الى منزل ابيها . »

و م ١٧٧ : « ليست لارمل ذات اولاد ان تغادر بيتها الى بيت جديد بغير أذن من القاضي وعليه ان يبحث منزل الزوج السابق ويحصي موجوداته ويحرر بها لوحًا ويجعل المنزل في حراسة الارمل وزوجها الجديد فيحفظانه ويحفظان الاولاد وليس لهما ان يبيعا شيئًا بالفضة فمن اشترى منهما شيئًا فقد نقوده . »

ولا ننكر ان من القانون ؛ الى هذه الاحكام وما يشبهها ، احكامًا اخرى قد تجرح مشاعرنا لاسيما فيما يتصل بالعقوبات ، ولكن القانون في جملته حري بالتقدير (انظر ترجمة كاملة لمواده في العدد الخامس من السنة الثانية لمجلة القضاء . قام بها عبده حسن الزيات) .

فنؤمن بفضل القديم على الحديث ونزداد تفهماً لما بين ايدينا ونوسع في ميدان النظرية على ضوء ما انتهى الينا ، حسبنا في هذا الموطن ان نشير الى نظرية سوء استعمال الحق التي سنعالجها بتوسع في بعض الفصول القادمة فقد نودي بها في مطلع هذا القرن على اعتبار انها من مواليده ، فاذا البحث العلمي اليقيني يردها الى قواعد الشريعة الاسلامية فيعترف ائمة الفقه الفرنسي بان النظرية الاوربيه الحديثة لم تبلغ الا بعض ما بلغته النظرية الاسلامية . واذا كانت الصيحة الى القانون المقارن قد علت واخذ انصارها يجتمعون حول رايتها في مؤتمرات دولية دورية وقوي الميل الى « تدويل » التشريع في حيز المستطاع ، فلن يخطيء تاريخ القانون مكانه في هذا الجهاد ، بل هو فيه بين اصحاب الصدور

وكلما اشتدت وكثرت صلات الشعب بالثقافات القانونية الاجنبية وزاد نفوذها الى قواعد قانونه الراهن ، كلما كانت دراسة تاريخ القانون اوجب عليه . وهذا هو الموقف الذي تقفه بلاد كالعراق او مصر ، بلاد نبتت في وديانها الشرائع الاولى للبشرية ؛ وجادت على الشعوب بما عندها ، ثم حل بها بعد الجود دور الاستجداء فاستجدت غيرها ، ثم ادركتها النخوة فهبت تصحح مركزها وتحاول ان تساهم في الاعطاء كما ساهمت في الاخذ ، ثم هي

بوضع شرائعها المتباينة المصادر شديدة الحاجة الى تعرف تلك المصادر تفهم اوصولها الاولى .

تاريخ الشرائع القديمة

يقرر الاستاذ (هنري مين) في كتابه Means Tim ان المجموعات القانونية القديمة مثل مجموعة حمورابي والالواح الاثنى عشر هى اوضح مظهر للقاعدة القانونية القديمة اسفر عنه البحث التاريخي ولكنه يجزم بان تدريس تلك المجموعات لم يكن المبدأ الاول لتاريخ الشرائع القديمة بل ان هناك حوادث تاريخية تقدمت دور التدوين ويفتش عن هذه الحوادث ثم تقرر ان اول فكرة تتعلق بما نسميه الآن قانوناً او شريعة كانت حكماً الهياً يصدر على لسان الملك او الحاكم عندالفصل في نزاع يعرض عليه فهو قاض يتلقى الحكم من الآلهة وليس شارعاً يقرر المبادئ القانونيه باعتبارها كتلة من النصوص مستعدة لاستقبال كل القضايا والفصل فيها بغير حاجة الى الهام جديد . فلما تكررت الحوادث المتماثلة اصبح الحكم الملهم متشابها فتكونت عادة عامة للحكم في كل طائفة من الخلافات او شبه قاعدة مرجعها وحي الله ، ثم كانت الخطوة التالية المحققة تاريخياً حين انتقلت سلطة الملك القضائية الى هيآت الاقلية كالكهنة

فكانوا الامناء على القواعد القانونية وحفظها ومفسريها بل محتكريها ومستغليها وهذا هو عصر القانون العرفي أو التقاليد غير المكتوبة ثم كانت الخطوة الاخيرة خطوة التدوين وانما بعث اليها تذمر الاكثرية العامة من احتكار الاقلية للقواعد القانونية واستغلالها لمصلحتها . وطمحت العامة الى المساهمة في تولي وظائف الدولة وجاء اكتشاف الكتابة مؤيداً لهذا التذمر وهذا الطموح وكان ان انفذت الاكثرية مشيئتها فدونت القواعد القانونية في لوح محفوظ . وقد استمر الاستاذ (مين) فعقد موازنة بين حال المجتمع في الامم الشرقية وحاله في الامم الغربية فيما يتصل بسرعة الانتقال الى مرحلة التقنين فقال ان شعوب الشرق كانت ابطأ من شعوب الغرب في ادراك تلك المرحلة ولذا اتسع الوقت امام الخرافات والقواعد الدينية لتتركز في القواعد الشرقية فلما استقرت في مجموعة مدونة كانت محفوفة بالخرافات شديدة التأثر بالاديان

وقبل ان نناقش آراء الاستاذ (مين) المتقدمة يحسن ان نذكر أهم تلك القوانين المسطورة القديمة فان مناقشة تلك الاراء تستدعي الاشارة الى بعض تلك القوانين وهي :

١ — قانون (جودا) الذي اكتشف حديثاً وقيل ان حمورابي اقتبس قانونه منه . وقد كان معمولا به عند السومريين الذين

سكنوا شمال العراق (١)

٢ – قانون حمورابي الذي اشرنا اليه من قبل وقد كشفت الواحة سنة ١٩٠٢ ويرجع تاريخ وضعه الى سنة ٢٠٠٠ ق . م

٣ – قانون مانو الهندي سنة ١٢٨٠ ق . م

٤ – مجموعة بوخوريس في مصر في القرن الثامن قبل الميلاد

٥ – قانون دراكون في اثينا حوالي سنه ٦٢٠ ق . م وتلاه قانون صولون بعد ذلك بنحو عشرين عاما

٦ – قانون الالواح الاثني عشر في روما حوالي ٤٥٠ ق.م

٧ – قانون الواح جورتين في جزيرة كريد وقد اختلف حول سبقها زمناً أو تأخرها على الالواح الاثني عشر

ونعود بعد هذا الى مناقشة بعض آراء الاستاذ مين .

---

(١) انظر :

Fraqments d'un code pre'-hammo urabian en redaction sumerienne Par V. scheil

اشار ذلك الباحث الى مشابهة بعض مواده التي عرفت لما يقابلها من مواد قانون حمورابي مثل المادة الاولى (مسؤولية البستاني الذي اهمل اعداد ارض غيره) التي تشابه المادتين ٦٠ و ٦١ من حمورابي ، ومثل المادة ٨ (انقضاء الالتزام بالقوة القاهرة او المرض) المقاربة لحكم المادة ٢٦٦ حمورابي ، والمادة ١١ (حق اولاد الزوجة في الاوطة) المقابلة المادة ١٦٧ حمورابي .

يستخلص الاستاذ ان الشعوب لم تصل الى مرحلة التقنين الا بعد ثورات تلي الاقلية. وهذا القول قد يكون صحيحاً بالنسبة لقانون الالواح في روما ولكنه ليس صحيحاً بالنسبة لقانون حمورابي مثلا فان هذا الملك العادل الحكيم قد اعلن قواعد قانونه من تلقاء نفسه وقدمها بمقدمة تدل على عطفه على رعاياه وتحريه العدل ورضاء الآلهة (١)

واذا تأملنا المراحل التي عينها (مين) وجدناها لاتطرد في كل حال فبالنسبة لقانون حمورابي ايضاً لم يثبت وجود أقلية تمارس القضاء لعهده أو قبله كما ان فكرة الوحي الآلهي ظلت مسيطرة على القوم حتى مرحلة التقنين وقد عثر على تمثال قديم يمثل حمورابي يتلقى قواعد قانونه وحيا يهبط عليه من ابن الاله

واخيرا يجيء كشف قانون حمورابي قاضيا على الموازنة التي اقامها الكاتب بين الشعوب الشرقية والغربية فقد ثبت ثبوتا يقينيا ان قانون حمورابي سبق اقدم قانون غربي بنحو اربعة عشر قرنا ، بل نرى ان كشف قانون (جودا) يثبت ان التقنين الشرقي سبق الغربي بنحو سبعه عشر عاما . واذا كان المؤلف الانجليزي قد كتب كتابه قبل كشف هذين القانونين فهو معذور الى حدما

راجع تلك المقدمة في كتاب : (The world'e earliest Laws)
تأليف (سلبريك ادرارذر)

وانما نتحفظ لانا لاندري هل اتصل به نبأ مجموعات بوخورس واماز يس السابقة على قانون الالواح الاثنى عشر أو لم يتصل

وسائل تطور القوانين

ذهب الاستاذ (مين) فى كتابه الذي اشرنا اليه من قبل الى ان هناك وسائل ثلاثا تطورت بها القواعد القانونيه لتصبح ملاءمة لحالة المجتمع المتطور، وهذه الوسائل هي الحيلة الشرعية legal fiction وقواعد العدالة equity واخيرا القرارات التشريعية.

وقد نص الكاتب على ان توارد هذه الوسائل واستعمالها جميعا لم يكن امرا محتما بالنسبة لكل الشرائع فقد يبرأ بعضها من هذه الوسيلة أو تلك، ولكنه -أي مين- يؤكد ويتمسك بالترتيب الذي ذكره اي ان الحيلة سبقت اللجوء الى العدالة وهذا اللجوء سبق التوسل بالتشريع وسنرى ان هذا التوكيد عرضة للشك مدللين على اختلال هذا الترتيب بامثلة من الشرائع المختلفة على انا نرجي هذا ريثما نعرض لمعالجة كل وسيلة من هذه الوسائل وبيان اثرها في كل من الشرائع الرومانية والانجليزية والاسلامية، والبحث عن مقدار تاثيرها في شرائعنا الحديثة الراهنة.

١ ــ الحيل الشرعية

الشعوب القديمة شديدة المحافظة تنفر من التجديد والتعيين وقد اصطبغت قوانينها بصبغة دينية في نظرها فبات المساس بالقانون مساساً بالدين . ولكن المجتمع يتطور والحاجات تستحدث ويتبين عجز القاعدة القانونية القديمة عن مواجهة الحالة الجديدة ولايجرأ المسؤولون على اجراء التعديل الصريح الذي يجعل القانون كفواً لاستقبال ماطرأ عليهم فيداورون ويعالجون النص القديم بضروب من الحيلة والافتراض حتى يصلح الامر الذي يرغبون وهم يزعمون ان النص باق كما كان لم يعتوره تغيير حتى يوفقوا بين النفور من ذلك التغيير ومطالب المجتمع المتطور .

امثلة من الحيلة القانونية في القانون الروماني :

كان القانون الروماني في عهده الاول شديد المحافظة ضيق الصدر لايعترف بحق التقاضي في ظلاله الا لصاحب الجنسية الرومانية قد حدد دعاواه تحديداً واسميت الدعوى القانونية ، Legis actio وليس غير الرومانية يستطيع ان يحتمي بها كما انها لاتقام على غير روماني . وكان البرتور يحيل المدعى بعد ان يمنحه برنامج دعوى

Formule الى الحكم Judex ليفصل في دعواه ، ويغير هذه الاحالة لايختص هذا الاخير بنظرها . ولما كان القانون الروماني العتيق لايسمح بمنح هذا البرنامج الا لروماني ، ولما اقتضت الظروف الجديدة منحها لغير الروماني والا امتنعت العلاقات التجارية بين الروماني وغيرهم . فقد كان البرتور يمنح البرنامج للاجنبي ذاكراً فيه كذبا انه روماني ، وهنا لا يجوز للقاضي ولا خصم ان يناقشا هذا الكذب بل عليهما ان يسلما بصحة ماجاء في البرنامج ، فهذا « افتراض » على خلاف الواقع او تحايل على القاعدة القانونية حتى تتسع لحاجات المستجدة بغير ان بغير تغييراً رسمياً صريحاً .

كذلك اعتمد الرومان على ما اسموه الدعوى الصورية In gure cessio لتسهيل معاملاتهم القانونية والدعوى الصورية كما يفيد وصفها دعوى غير حقيقة مثالها ان يرفع المدعي دعوى على سيد يقول فيها ان هذا السيد يمسك انسانا باعتباره عبدا مملوكا له مع انه في الحقيقة حر ، فيسكت السيد ولا ينفي هذا الزعم فيأخذ القاضي بسكوته ويحكم بان العبد حر فيصبح حراً . وانما لجأ الرومان الى هذه الطريقة لان القانون القانون القديم لم يكن يسمح بتحرير الارقاء بمطلق رغبة السيد ورغبة العبد بل كان لا بد من

رسميات فاما تسجيل العبد في سجل الاحرار عنـــد الاحصاء الذى لايقع الامرة كل خمسة اعوام ولا يقع في كل مكان ، واما الايصاء بتحريره والايصاء ماكان يتم آنذاك الا بطرق رسمية ثم ان التحرير لايتم الا بعد موت الموصي ؛ فلجأ النـاس الى الدعوى الصورية .

وقد استعملت الدعوى الصورية لنقل الملكية ايضاً تخلصا من الاجراءات الثقيلة التي كان لابد من اتباعها في عقد الاشهاد Mancipatio يرفع المشترى دعوى على البائع يدعي فيها ان المال ماله فيقره صاحبه على ادعائه فيحكم له .

وكان بيع الولد بيعاً صورياً ثلاث مرات وسيلة لتحريره من السلطة الابوية يوم كانت السلطة شديدة القيود . كما ان هذا البيع مضافاً اليه دعوى صورية اتخذ وسيلة للتبني قبل ان تبسط اجراءاته فبعد ان يتحرر الولد من سلطة اسرته ببيعه ثلاث مرات الى المشتري الصوري . يجيء دور من يريد تبنيه فيرفع دعوى يقول فيها ان الولد ولده ويسكت المشتري فيحكم له بدعواه (١)

وكان البروتور اذا لجأ اليه انسان يستمنحه دعوى يسترد بها مالا نفسياً سبق ان اشتراه بغير اتباع الطرق الرسمية الواجبة ، اعطاه

(١) راجع ص ٤٤ من مذكراتنا في القانون الروماني (باب الاشخاص)

الـ Formule وامر القاضي فيها بان يفصل في الدعوى « كما لو كان المدعي قد وضع يده على المال المطلوب المدة القانونية اللازمة لكسب الملكية في مثل هذه الحالة » وذلك ان نقص الاجراءات كان يصححه مرور زمان معين يجعل المشتري مالكا ، فاذا لم يكن هذا الزمان قد مضى واغتصب المال المشترى من مشتريه فان القانون ما كان ليبيحه دعوى استرداد لانه ليس مالكا في نظره ، لذلك لجأ البروتور الى «افتراض » اكمال المدة المطلوبة ، وهذا الافتراض يؤدي بداهة الى حمايه ملكية المشتري المدعي .

وهناك امثلة اخرى يحسن تتبعها في مواقعها في دراسة القانون الروماني .

* * *

امثلة في القانون الانجليزي

سنرى عندما نعرض لتاريخ القانون الانجليزي ان المحاكم في عهد الفتح النورماندي كانت منوعة فهي محاكم ملكية ومحاكم شعبية ومحاكم لوردات ومحاكم كنسية ومحاكم تجارية . وقد اخذ الفاتحون يتجهون الى تعزيز القضاء الملكي وضجت المحاكم الملكية

الى التغلب على سائر المحاكم فاصطنعت لهذه الغاية الافتراضات القانونية . فمحكمة بيت المال (وهي احدى المحاكم الملكية) لم تكن مختصة بغير الفصل في الدعاوى المتعلقة بجباية الاموال الاميرية ، كدعوى مكلف ضد ملتزم ، وقد كانت تترخص لنفسها الخروج عن قواعد الاثبات الدقيقة كأن تضطر الخصم الى تقديم مستندات تضره وتنفع خصمه او تطلع على حسابه . فاستحسن المتقاضون ذلك منها وتحيلوا لرفع دعاويهم المدنية اليها بتصويرها دعوى متعلقة بالاموال الاميرية فيقول المدعي ، كذبا ، ان في ذمته ديناً لبيت المال وان المدعى عليه مدين له بمبلغ ان لم يوفه عجز هو عن دفع ما عليه لبيت المال بقدر ذلك فتقبل المحكمة الدعوى على هذا الاساس ولا تسمح بنفي هذا الكذب [1] وسميت الدعوى دعوى « قدر ذلك ».

وكان لنوع آخر من المحاكم الملكية اختصاص جنائي محدود بالدعاوى التي للعرش مصلحة فيها فمدته الى غير ذلك من الدعاوى بزعم انها تمس امان الملك King's Peace ولو وقعت بين فردين عاديين بعيداً عن بلاط الملك وحاشيته . ثم مدت هذه المحاكم نظرها الى الدعاوى المدنية ولم يكن لها اصلا اختصاص مدني الا

(١) النظام القضائي في انجلترا للاستاذ صنوث ص ٢٣ و ٢٤

اذا تعلقت باحد افراد الحاشية الملكية او بالمساجين لان السجن كان يقع فى دائرة اختصاصها فوصلت الى توسيع اختصاصها بضرب من الحيلة : ذلك انها بدأت فقاست المتهم المفرج عنه بكفالة بالمسجون ، ولكن هذا لم يكفها فسمحت للمدعي بان يكذب ويقلب دعواه المدنيه الى دعوى جنائية صورية فيقول ان المدعى عليه قد سلب ماله او بقرته : وبما ان هذه الجريمة ، بضرب سابق من الحيلة ، قد اعتبرت ذات مساس بامان الملك ، فان المحكمة تصدر امراً بالقبض على المدعى عليه فاذا حضر الزمته الكفالة ثم افرجت عنه فيعتبر فى حكم السجين فتختص بنظر الدعوى المدنية المقامة عليه وتتناسى التهمة الجنائية الوهمية (١) .

امثلة من الشريعة الاسلامية :

عالج الامام شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم الجوزية في المجلد الثالث من كتابه « اعلام الموقعين عن رب العالمين » موضوع الحيل الشرعية علاجاً واسعاً خصباً مستفيضاً فاستعرض الحجج التي يتذرع بها من يقولون بجواز الحيل شرعا وفندها تفنيداً وذكر امثلة لحيل يعتبر اللجوء اليها من الكبائر ، ولكنه ذكر بعد ذلك عشرات من الحيل الجائزة لانها

(١) راجع النظام القضائي في انكلترا ص ٢٥ و ٢٦

لا تؤدي الى تحليل حرام وانما تؤدى الى تحصيل مشروع من الامر

فمن النصوص التي تمسك بها اصحاب الحيل قوله تعالى لنبيه ايوب : « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث » فاذن لنبيه ايوب ان يتحلل من يمينه بالضرب بالضغث وقد كان نذرها ان يضربها ضربات معدودة وهي في الظاهر المتعارف انما تكون متفرقة فارشد سبحانه الى الحيلة في خروجه من اليمين فنقيس عليه سائر الباب ونسميه « وجوه المخارج من المضائق) .

وقد رد ابن القيم على هذا الدليل رداً طويلا مستأنساً بكلام شيخه ابن تيمية ومما قال في هذا : « فمن تأمل هذه الآية علم ان هذه الفتيا خاصة الحكم فانها لو كانت عامة الحكم في حق كل احد لم يخف على نبي كريم موجب يمينه ولم يكن في اقتصاصها علينا كبير عبرة فانما يقص ما خرج عن نظائره لنعتبر به . اما ما كان هو مقتضى العادة والقياس فلا يقص ويدل على الاختصاص بقوله تعالى (انا وجدناه صابراً) الخ . والبحث قيم ممتع فليراجع في اصله [١] .

(١) ومما يتندر به اصحاب الحيل ان القاضي شريحاً استعملها وكان له فيها فقه دقيق كما اعجب رجلا فرسه واراد ان يأخذها منه فقال له شريح انها اذا اربضت لا تقوم حتى تقام فقال الرجل اف اف وانما اراد شريح ان الله هو الذي يقيمها ، وباع من رجل ناقة فقال المشتري كم تحمل فقال =

واما حيل الكبائر فقد مثل لها بقتل الرجل امرأته (اذا قتل حمأته ولد من امرأته ولد سعيا الى اسقاط القود) عن نفسه استناداً الى حديث (لا يقاد والد بولده) ولما كان حق القصاص عن نفس الحماة لابنتها اي الزوجة ، وكان حق القصاص عن نفس الزوجة لابنها ، ولما كان هذا الابن لا يجوز له ان ينتقم من ابيه استناداً الى الحديث فان القاتل يتخلص بجرمه الثاني من جزاء جرمه الاول . وقد ناقش ابن القيم هذه الحيلة فقال : « والصواب ان هذه الحيلة لا تسقط عنه القود ، وقولهم انه ورث ابنه بعض دم ابيه فسقط عنه القود ممنوع فان القود وجب عليه اولا بقتل ام المرأة وكان لها ان تستوفيه ولها ان تسقطه فلما قتلها قام وليها في هذه الحال مقامها بالنسبة اليها وبالنسبة الى امها ولو كان ابن القاتل فانه لم يدل كتاب ولا سنة ولا اجماع ولا ميزان عادل على ان الولد لا يستوفي القصاص من والده لغيره . وغاية ما يدل عليه الحديث انه لا يقاد الوالد بولده على مافيه من الضعف وفى حكمه من

= احمل على الحائط ما شئت فقال كم تحاب قال احلب في اي اناء شئت فقال كيف سيرها قال الريح لا تلحق فلما قبضها المشتري لم يجد شيئاً من ذلك فجاء اليه وقال له ماوجدت شيئاً من ذلك فقال ما كذبتك . (اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٨) مطبعة فرج الله الكردي بالقاهرة .

النزاع ولم يدل على انه لا يقاد بالاجنبي اذا كان الولد مستحق القود الخ » (١) .

وقد مثل للحيل الباطلة بالعينة و التورق وهما ضرب من البيع يستر الربا : ففي العينة يشتري المشتري المال من البائع نسيئة بمائة دينار مثلا ثم يبيعه اليه بثمانين يقبضها حالا ، وفي التورق يبيعها بثمانين الى شخص ثالث اي غير البائع ، واورد في التدليل على عدم شرعية مثل هذا البيع قصة العالية التي تعاملت مع زيد مثل هذا التعامل ثم قصت امرها على السيدة عائشة رضى الله عنها فقالت لها اذهبي فقولي لزيد انه قد ابطل جهاده مع رسول الله الا ان يتوب (٢) . وعرض المؤلف ايضاً للمحلل فحمل على تلك الحيلة حملة شعواء .

اما الحيل المشروعة فمن امثلتها الكثيرة التي الم بها ابن القيم ما يأتي:

(آ) اذا وقف وقفاً وجعل النظر فيه لنفسه مدة حياته ثم من بعده لغيره صح ذلك عند الجمهور ولكنه لا يصح فى رأي بعض الفقهاء لان اخراج الوقف لله يقتضي رفع يد الواقف عنه كلية كالعتق ، فان كان الوقف فى موضع لا يحكم فيه الا بقول من يبطل

---

(١) ص ١٩٣ المرجع السابق

(٢) المرجع السابق ص ١٧٨ وما بعدها — التورق قريب من العينة وفيه تباع السلعة من (المقترض) لشخص ثالث بثمن اقل .

الوقف فالحيلة في ذلك ان يفوض الناظر الى من يثق به ويجعل اليه تفويض النظر الى من شاء فيقبل النظر ذلك ويصح الوقف ويلزم ثم يفوض النظر اليه فانه قد صار اجنبياً بمنزلة سائر الناس فهذه حيلة صحيحة يتوصل بها الى حق فهي جائزة .

(ب) اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد وصورتها البيع ممن يعامله من خباز او لحام او سماك او غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند راس الشهر او السنة على الجميع : وقد منع الاكثرون هذا البيع وجعلوا القبض به غير ناقل للملك لانهم يريدون ان تحصل مساومة وايجاب وقبول كلما اخذ المشتري حاجة قل او كثر ثمنها ، وليس في الكتاب او السنة او الاجماع او القياس الصحيح ما يحرم مثل هذا البيع وقد اجازه الامام احمد . والحيلة للتوصل الى الجواز حتى عند من لا يجيزونه ان يأخذ البضاعة باعتبارها قرضاً في ذمته فيجب عليه للدافع مثلها ثم يعاوضه عليها بثمن معلوم [1] .

(ج) تذهب بعض الآراء الى تحريم الوقف على النفس فاذا اراد الواقف التخلص من حكمها جعل للناظر حق الادخال والاخراج فيجعله الناظر من المستحقين او يقر هو — اي المالك —

(١) المرجع السابق ص ٣٠٢

بان العين وقف من غيره وانه احد مستحقيه .

(د) اذا لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم قتل الولد لزمه القصاص لانه ليس ولده مادام قد انكره فيقاد به ، وكذلك ان قتل المرأة فلولدها القصاص اذا بلغ فان اراد اسقاط القصاص عن نفسه فالحيلة ان يكذب نفسه ويقر بانه ابنه فيسقط القصاص في الموضعين .

والغريب ان ابن القيم يذكر هذه الحيلة بين الحيل المشروعة مع انه سبق ان حمل على مثلها حملة كبيرة واعتدها من الكبائر ، وليس يكفي بعد سرد هذه الحيلة الاخيرة فى باب المشروعات وذكره ان القصاص يسقط في الموضعين ان يستدرك فيقول : (وفي جواز هذه الحيلة نظر) [١]

وننتقل من بحث ابن القيم الجوزية لنقول ان ثمة احوالا اخرى يلجأ فيها الى نوع من الحيل الشرعية اوالافتراضات القانونية فالامام الاعظم ابو حنيفة يعتبر ان الوقف لا يلزم بمجرد صدور الاشهاد وانما لا بد من حكم قاض ، لذلك يتواطأ الواقف مع المتولي على ان يرفع الاخير دعوى على الاول يقول فيها انه ممتنع عن تسليمه الوقف فيحكم القاضي بتسليمه ولزومه فيصبح لازماً . والمعمول

(١) المرجع السابق ص ٢٧٧.

به هو قول ابي يوسف اي ان الوقف لازم بغير توقف على حكم كما يرى ابو حنيفة او تسليم كما يرى محمد[١]. ولكن الدعوى الصورية التي يلجأ بها اذا عمل برأي الامام الاعظم تذكرنا تماماً بالدعوى الصورية الرومانية .

ومن الحيل القانونية تقرير قاعدة عدم سماع الدعوى بمرور الزمان تجنباً لتقرير سقوط الحق بالتقادم تقريراً صريحاً وذلك احتراماً للحديث الشريف : « لا يضيع حق امرئ مسلم وان قدم » . ومع ان التبني تنكره الشريعة الاسلامية فان المسلم قد يتوصل اليه عن طريق الاقرار بنسب الولد اليه .

ومن الافتراضات القانونية — وهي تختلف عن الحيل اختلافاً ما — افتراض الميت حياً حتى تسدد ديونه وذلك توفيقاً بين قاعدتين شرعيتين الاولى انه لا تركة الا بعد سداد الديون والثانية ان المال لا يكون سائبة .

الحيل في القوانين الحديثة

ان قاعدة سماع الدعوى بمضي الزمان منصوص عنها في قانون

---

(١) مباحث الوقف لزيد بك ينظر ايضاً ماقرره المشرع المصري من عدم سماع الدعوى المترتبة على زواج ذكر دون الثامنة عشر او انثى دون السادسة عشر ، فهو لم يقرر بطلان الزواج ولكنه قرر عدم سماع الدعوى.

المحاكم الشرعية في مصر ومعمول بها في العراق ايضاً . فهذه حيلة قانونية احتضنها الشارع وضمنها احكامه لبواعث تتصل بالسياسة القضائية وغيرها وقد استند في الاخذ بها الى قاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان .

ومع ان القانون المدني المصري قد اوجب ان تكون الهبة بعقد رسمي والا اعتبرت باطلة ، فقد عاد في المادة (٤٨) وقال ان الهبة غير الرسمية تكون صحيحة اذا جعلت في صورة عقد آخر اي غير الهبة [١] .

وقد وقف القضاء حائراً امام الحيل التي يتبعها المتعاملون فراراً من حكم القانون ونشأت نظرية كبرى تسمى نظرية التحايل على القانون Th'orie de le Fraude a la loi تستند الى القاعدة اللاتينية القائلة بان الغش يبطل كل شيء Frons aniuia corrumpit وكثيراً ما ظهرت هذه النظرية في الاحكام التي تتعرض لمسائل

---

(١) براجع في بيان تعليل هذا اسباب حكم الدوائر المجتمعة بمحكمة استئناف القاهرة العليا (أول مايو ١٩٢٢ — مجموعة احكامها ص ٢٢) وقد قالت ما معناه ان المشرع اراد حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع من صدر اليه عقد الهبة المستتر فانه معذور في تعامله لانه رأى امامه عقد بيع مثلا لا يعلم حقيقته والقانون لا يشترط الرسمية في البيع .

القانون الدولي الخاص كتغيير الجنسية توصلا الى تغيير القانون الواجب التطبيق ، ولكن القضاء الفرنسي قد تردد وتناقض كثيراً وقد اشارت الى هذا محكمة مصر الاهلية قائلة ان هذه النظرية « محل جدل شديد بل تشكك كبير » [1].

وتردد القضاء المصري ايضاً امام الحيل التي يلجأ اليها الملاك للتخلص من شفعة الجار كأن يصوروا العقد بدلا لا بيعاً اذ لا شفعة الا في البيع واصدر في هذا الشأن احكاماً متضاربة [2]. ولعل مما يحمد للتشريع الجنائي العراقي انه اعتبر بعض اعمال التحايل لتضييع حقوق الدائنين او الشفعاء جريمة يعاقب عليها بالجزاء الجنائي فوق الجزاء المدني [3].

ولقد وقف الاستاذ (مين) في مختتم الكلام عن الحيلة القانونية موقفاً وسطاً بين من تهكموا بها في ماضيها وحاضرها كبنتام ومن دعوا الى تسجيلها فى نظمنا الحديثة وقال مين انها قد لعبت دورها فيما مضى ولكن دورها الآن قد انتهى [4].

---

(١) راجع حكم محكمة النقض والابرام المصرية جلسة ١٧ يناير ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد س (٥) عدد (٣) ص (٩٢)

(٢) راجع كتاب الشفعة للاستاذ كامل بك مرسي ص ٣٥ — ٣٧

(٣) راجع مقالي في مجلة القضاء ع ٣ و ٤ س ٢ ص ٥٥

(٤) Maine — المرجع السابق ص ٣٣

العدالة Equity(١)

رأينا ان الاستاذ (مين) يجعل العدالة تالية للحيل الشرعية وسابقة على التشريع اي انها تجيء بعد الاولى وقبل الآخر كاداة استعملت لتطوير الشرائع القديمة . ونحن نرجىء مناقشة هذا الترتيب الزمني ريثما نتفهم المقصود بالعـــدالة ونستعرض امثلة من تأثيرها . وقد تخصص اللفظ في انجلترا وصار يطلق على مجموعة وضعية معينة من القواعد القانونية التى اخذت بها محاكم « العدالة » في قضائها كما سنرى ولكننا نريد اولا ان نعالج العدالة باعتبارها فكرة مطلقة من التخصيص . ولان العدالة ترد الى ، او تقترن بما يسمى القانون الطبيعي وجب ان نعرض له بالقدر الممكن والواجب في نطاق دراسة تاريخ القانون .

يرد الباحثون فكرة القانون الطبيعي الى فلاسفة اليونان الذين وقفوا خلال تأملاتهم على الخصائص المشتركة التي تربط الكائنات فلما رأوا دقة نظام الكون وخضوعه لقواعد تضطرد

---

(١) يتساءل (مين) عن اصل اللفظ ويرى انه كلمة Aequita اللاتينية ومعناها التسوية لا الكلمة الأغريقية التي معناها المساواة ويعزز رأيه بان بالمساواة عند الاغريق كان يقصد بها المساواة بين الوطني والوطني . اما الكلمة اللاتينية فيقصد بها المساواة اوالتسوية بين الانسان والانسان مطلقاً .

ولا تضطرب سلموا وجود قوة عامه تسيطر على الـكون وتجري فيه امرها . ثم انتقلوا من الماديات الى المعنويات فكما ان للاولى اتساقا ووحدة ونظاماً ترد الى القوة المهيمنة ، كذلك للثانية قانون طبيعي مشترك وهو ازلي واحـد لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المـكان . واذا كان لـكل مدينة من مدن اليونان قانونها الوضعي المستقل فانها تشترك جميعاً في الخضوع للقانون الطبيعي العام الذي يشير اليه الفيلسوف سوفوكل في (في انتيجون) عندما يتهم الملك بطلة الرواية بانها انتهـكت حرمة قوانين المدينة فترد عليه بقولها :

« ان هذه القوانين لم تعلنها (زيوس) التي تساكن الهة العالم العلوي، فليست من القوانين الالهية غير المسطورة الثابتة التي لا تقوم للامس ولا لليوم وانما للابد » . واذا سرنا مع فلاسفة الاغريق المشهورين لم نخطئ عند كل منهم تعبيراً بشكل او بالاخر عن هذه الفـكرة . فهذا سقراط يحاكمه قومه ويقررون ادانته واعدامه ثم يتقدمون اليه في ان يهجر فلسفته فيعفوا عنه فيجيبهم الفيلسوف :

«يااهل اثينا اني احبكم واحترمكم ولـكني اطيع الله لا اطيعكم انتم . وما بقيت انفاس تتردد في صدري وبقي لي حظ من القوة ، لا افتأ انذركم وانصح لـكم وادعو كل من لقيته باللسان الذي عرفتم مني . ولو اني كففت في هذه السـاعة فليس هذا خوفاً على نفسي بل

خوفاً عليكم ان تحاربوا الله بالحكم علي . »

وهذا افلاطون يميز بين قانون المدينة والقانون العام الموحى به من الله . ثم هذا ارسطو ينص في كتابه الاخلاق على ان العداله عدالتان: عدالة عامة وعدالة خاصة ، واذا كانت بعض قواعد الاولى تهمل في بعض الامكنة فكذلك بعض الناس اعسر ولكن هذا القليل لا يمنع قيام القاعدة وهى ان الساعد الايمن اقوى . وانه يرد هذه العدالة العامة او هذا القانون العام الى العقل الذي هو « القانون العام للممالك والاشخاص » ويبايعه لانه « خيط الذهب المقدس » الذي يجذبنا الى الخير « ينبغي ان يكون الحكم للعقل مادام انه هو محل الحكمة وانه مكلف بان يسهر على النفس بتمامها ولا ينبغي البتة ان يصغي المرء من نفسه الا الى صوت العقل لان العقل المستقيم انما هو صوت الله يخاطب به انفسنا » [1] .

وهذا ديموستين يبين قانوناً عاماً للبشرية يبيح للانسان ان يدافع عن ملكه بالقوة .

ثم هذه هي الرواقية التي تلمست قانوناً واحداً عاماً هو قانون الطبيعة « فعندهم ان اصل الوجود هو الله في هيئة النار ثم تحركت

(١) الاخلاق اي نيقو ماخوس — الكتاب الاول — ترجمة الاستاذ لطفي باشا السيد ص ٣٣ .

النار وحولت جزءمنها الى هواء وتحرك الهواء وحول جزء منه الى ماء وتحرك الماء وحول جزء منه الى ارض ويسير العالم فى هـذه الصورة شوطاً مقدراً وفقاً لسنن محتمة ثم تفنى الارض في الماء والماء في الهواء والهواء في النار ويعود العالم كتلة نارية كما كان ثم ينفصل من النار هواء ومن الهواء ماء ومن الماء ارض سيرة اخرى ويسير العالمهذا الشوط المقدر وهكذا دواليك » .

وقد اخذت ، بالقياس ، فى الظواهر المعنوية بقانون طبيعي ايضا هو قانون العقل تحكمه في نزوات النفس ليأخذهابالبساطة والتقشف واحتمال الالام في صبر وترفع .

القانون الطبيعي عند الرومان

واذا كان الاغريق وهم امة الفلسفة قد فلسفوا على النحو المتقدم واخرجوا فكرة القانون الطبيعي فكرة فلسفية ، فليس كذلك شأن الرومان وهم امة اعمال قبل ان يكونوا امة آراء : اذا حفظ تلميذ اليونان الالياذة عن ظهر قلب حفظ تلميذهم نصوص الالواح الاثنى عشر .

ولقد كثر اختلاف الآراء في موقف الرومان من القانون الطبيعي ومتى وكيف فهموا الفكرة وكيف طبقوها عملا ، وما هي

النسبة بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب . ولن نحاول هنا ان نلم بهذا كله. فحسبنا ان نطمع فى استخلاص اهم ما يجب الوقوف عليه .

يذهب فريق من المؤلفين الى ان الرومان لم يهتموا بالقانون الطبيعي باعتباره فكرة فلسفية وانهم تركوا الكائنات ونظامها ومباحثها للشعراء والفلاسفة وانما اضطرتهم الضرورات العملية الى تكوين مايسمى قانون الشعوب والقانون البروتوري ، فالقانون الطبيعي اساس القانون وليس قانوناً هو نفسه وقد رأوا فيه ما يلائم « العقل ويتفق مع خير جوانب الحياة الانسانية والاخلاق المهذبة والاتزان العملي والضرورات العامة » .

"Law of nature represented to the romans That Which is Conformable To Reason' To The Best Side of human nature, elevated, morality Practical Good Sence General Convenience "

فكأنما نظرتهم اليه — وفقاً لهذا التصوير — كنظرة اصحاب مذهب المنفعة فالقانون الطبيعي عند بنتام هو « القانون الذي ينبثق من فهم مستنير للمنفعة » .

"The law which springs From an enlighten ed view of utility"

وقد اشتملت مجاميع جستنيان على اقوال متضاربة في تعريف القانون الطبيعي فبعضها يجعله قانوناً عاما للكائنات وبعضها يجعله مرادفاً لقانون الشعوب ، بينما يحرص بعضها الآخر على التمييز بينهما والتمثيل لما يفرقهما بالرق والحرب والاسر التي يقرها

قانون الشعوب ويأباها قانون الطبيعة . وقـــد وضع الكاتب الالماني voigt كتاباً خاصاً عن القانون الطبيعي واستخلص فيه ان الرومان اعتبروا قانوناً طبيعياً القانون الذي تجتمع فيه الخصائص الآتية :—

(١) انه ينطبق على الناس جميعا فلا فرق بين عبد وسيد

(٢) انه ينطبق على الشعوب جميعا فلا فرق بين روماني واجنبي

(٣) انه واحد في جميع العصور

(٤) وانه يلبي احساس الانسان الداخلي بالحق .

وحاول الكاتب بعد ذلك ان يبين مبادئ القانون الطبيعي او يعدد ابوابه كأنه قانون مفصل مكتوب فقال انها : الاعتراف بمطالب الدم ، واجب الامانة في تنفيذ التعهدات ، اجراء تناسب بين الغنم والغرم طبقاً للعدالة ، اعتبار النية قبل الالفاظ والاشكال التي تتخذ للتعبير عنها .

ولكن هذا الاحصاء يقلب القانون الطبيعي من فكرة مجردة الى تطبيقات معينة محصورة ولذلك انتقده الاستاذ والتون قائلا : ان الفقهاء الرومان اعتبروا القانون الطبيعي مثالا اعلى للعدالة يجب ان يقترب منها القانون الوضعي جهد الطاقة وقد وجد هذا المثال الاعلى في مبادئ قانون الشعوب تعبيراً عنه .

وقد كان البروتور الوطني ثم البروتور الاجنبي هما الوساطة الهامة لتسويد مبادىء القانون الطبيعي على القانون المدني وعند دراسة القانون الروماني في ابوابه المختلفة تقابلنا الامثلة متلاحقة على هذا النشاط فلنتجزىء منها هنا بمثل واحد لكل باب من الابواب الاربعة :

١ — ففي باب الاشخاص نرى ان البروتور قد كان يرفض منح الدعوى للسيد الذي يريد استرداد عبد سبق ان حرره بطريقة غير داخلة في الطرق القديمة المحصورة الضيقة رغم ان مثل هذا التحرير كان باطلا آنذاك ، فعطل البروتور حكم القانون الجامد او عدله قبل ان يعرض المشرع لتعديله على مرحلتين ، في قانون جونيا ، ثم في تشريع جستنيان [1] .

٢ — وفي باب الالتزامات نرى ما اجراه البروتور من تعديل في جريمة الاعتداء ، ثم نرى ما استحدثه عقاباً لسيء النية من جرائم لم ينص عليها القانون فصـــــارت تنسب اليه فتسمى الجرائم البروتورية : الغش والاكراه وغش الدائنين [2] وفصيلة اشباه

---

(١) انظر مذكراتنا في القانون الروماني باب الاشخاص ص ١٥ ، وراجع امثلة اخرى لجهود البرتور في نفس المذكرات في صفحات اخرى منها ص ١٠ ، ١٩ ، ٤٣ ؛ ٤٥ ، ٧٣

(٢) مذكراتنا في باب الالتزامات ص ٢٦ ثم ص ٢٨ وما بعدها و ص ٤٧ وانظر ما تقدم ذكره في باب الحيل وراجع امثلة اخرى لنشاطه في ذلك الباب في امكنة مختلفة

الجرائم التي يعود اليه ايجادها ، وقد رأينا فى باب الحيل كيف حمى حسن النية بدعوى الـ Publiciana .

٣- وفي باب الاموال يزيل البرتور عيباً في القانون فلا يجعل للافراد حق البناء على شواطئ الانهار رغم انها كانت داخلة بحكم القانون في نطاق الاشياء المباحة Res Cmmune لا في املاك الدولة العامه [1] .

٤ – واخيراً ، احيلكم الى ماتقدم في باب الحيل ، حيث رأيتم البروتور يفترض الاجنبي وطنياً حتى يكون صالحاً للدعوى .

قانون الشعوب Jus-gentium

ولابد هنا من كلمة عن قانون الشعوب Jus gentium والصلة بينه وبين القانون الطبيعي . اختلف الباحثون اختلافا بيناً في امور كثيرة تتصل بقانون الشعوب ، وهم معذورون في هذا اذا راعينا ان الرومان انفسهم قد سقطوا في بعض هذا الاختلاف ، فهذه مجموعات جستنيان تشتمل على اقوال متضاربة : — فبينما يعتبر (البيان) ان القانون الطبيعي يتركز فى الغرائز الاصيلة التى تقود الناس وبعض الحيوان لتكوين الاسرة وتهذيب وحشيتهم عند التعامل مع غيرهم نرى (سيسرو) يعتبر القانون الطبيعي قانوناً خالداً لا يتغير ، يأثم المشرع

(١) مذكراتنا باب الاموال ص ٧ .

ان حاول الانحراف عنه . ثم نرى (جايوس) يخلط بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب ويعتبرهما امراً واحداً قائلا : ان القانون يتألف في كل بلاد من فرعين : القانون المحلي الخاص بتلك البلاد والقانون العام الذي يتشابه في كل مكان . وهذا الأخير هو قانون الشعوب ، مع ان نفس المجموعات التي وردت فيها اقوال جايوس قد اشتملت على نصوص أخرى تفرق بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب وتضرب مثلا لما بينهما من اختلاف بأن الاول يأبى الرق والاسر والحرب بينما يقرها الاخير ، وقد لوحظ على تعريف (جايوس) ايضاً انه لم يثبت وجود قواعد مشتركة بين جميع الشعوب وان قواعد قانون الشعوب لم تكتب بعد استقراء واحصاء للقواعد المشتركة عند الأمم ، وانما تكونت جزءاً جزءاً وفقاً للمقتضيات ووجدت قبل ان يأخذ رجال القانون في بحث اساسها الفلسفي .

على انه اذا كان (والتون)[1] يقطع بعدم حصول دراسة مقارنة لقوانين الشعوب المختلفة واستخلاص للمبادئ المشتركة فيها ليجعل منها « قانون الشعوب » فأن مؤلفين آخرين يأبون ان يفصلوا في الأمر برأي قاطع : فهذا (برايس) مثلا يقف بين افتراضات ثلاث

(١) والتون — مقدمة تاريخية للقانون الروماني — ص ٢٣١ .

لا يرجح أحدها على الآخرين : هل حصلت تلك الدراسة المقارنة لاستخلاص المبادئ المشتركة ؟ هل طبق الرومان نفس قانونهم المدني بعد ازاحة قشوره وشكلياته والاحتفاظ بجوهره ولبابه ؟ أو لاهذا ولا ذاك وانما طبقوا بعض قواعد تعسفاً اي بغير بحث زاعمين انها موجودة عند ، أو تلائم ، جميع الشعوب ؟ (١)

ولكن متى نشأ « قانون الشعوب » وما سبب ايجاده اووجوده الى جوار القانون المدني البحت ؟ أن الرأي الغالب يذهب الى انه نشأ عندما أخذ الرومان ينقلبون من شعب زراعي الى شعب تجاري كثر تعامله مع الأجانب . وبما أن القانون المدني البحت كان قانوناً خاصاً بالرومان ومن شبهوا بهم لا يجوز لغيرهم الاستظلال به ، كان لابد من انشاء قانون جديد ينظم هذه العلاقات الجديدة ، فنشأ « قانون الشعوب » قانوناً تجارياً اول امره سمي « قانون السوق » ثم تعزز بالابحاث التي دارت حول القانون الطبيعي ، وقد كان بحكم نشأته محرراً من قيود القانون المدني التي تنفر منها التجارة بطبعها. ولكن ثمة رأي آخر هو رأي Carlowa الذي اخذ به Cuq ايضاً يذهب الى ان قانون الشعوب ليس الا قانوناً رومانياً في الاصل ، بمعنى انه نشأ للرومان انفسهم لينظم علاقاتهم فيما بينهم ، وانهم

---

(١) برايس — Studies in Historical Jurisprudence ج ص

اضطروا الى استحداثه حتى قبل ان يتصلوا بالاجانب لانهم ضاقوا ذرعاً بقيود قانونهم المدني العتيق .

وبدهي، ومثل هذا الاختلاف قائم، ألا يمكن الاتفاق على تحديد تاريخ نشأة « قانون الشعوب » ، بل ان اصحاب الرأي الغالب انفسهم لا يستطيعون تحديد ذلك التاريخ ، وانما يكتفون بان يرجحوا انه وجد اول الامر في القرن الخامس لانشاء روما (روما انشئت سنة ٧٥٣ ق . م) معتمدين على ان وظيفة بروتور الاجانب Preteur Peregrinus قد انشئت قريباً من ذلك الوقت اي سنة ٢٤٠ ق . م [١]

ويحصي والتون اسباباً اربعة ساعدت على نمو وازدهار قانون الشعوب هي :

١ – قيام العلاقات التجارية بين الرومان وغيرهم ممن ليس لهم حق التعامل في ظل قانون الشعوب ، فكان لا بد من تغيير قواعد القانون المدني وإلا وقف تقدم المدنية .

٢ – استنارة الرومان واتساع افقهم بفضل هذا الاحتكاك نفسه لاسيما باليونان ، وكانما كانت فكرة القانون الواحد « نسيما جديداً هب على القانون المدني الجاف » .

---

(١) والتون — المرجع السابق — ص

٣- وجود طبقة من كبار المثقفين اخذوا يتطوعون باعطاء الفتاوي يحف بهم التلاميذ في بيوتهم كما كان سيسرو تلميذاً لـ (سكافولا) وقد نجم اكثر رجال القانون في العصر الكلاسيكي من اصول غير رومانية فبابنيان وبول قد قيل انهما فينيقيان ومودستين يوناني وجوليان سلفانوس افريقي .

٤ - السلطة الواسعة التي تمتع بها البروتور (١)

وقد امتزج قانون الشعوب بالقانون المدني في عهد جستنيان .

العدالة في القانون الانجليزي

قامت فكرة العدالة بدور كبير في القانون لانجليزي حتى كونت قانوناً برمته يسمى قانون العدالة الذي عرفوه بقولهم :—

" By Equity is Meant That Body of Rights And Remedies Which Before 1873 Were Not Recognised Or Provided by Courts of Law but only by the Courtof Chancery "

فهذا التعريف يذكر (محكمة القانون) و (محكمة المستشار) ويحدد تاريخاً كانت الاخيرة قبله تقضي بما لا تقضي به الاولى فما معنى هذا ؟

---

(١) والتون — المرجع السابق — ص ٢٥ — ٢٨ ويضيف برايس ان ضعف العقيدة الدينية جعل الرومان يلتمسون بديلا لها وجدوه في الفلسفة ومبادئ القانون الطبيعي فاشتغلوا بها لاسيما ان امر السياسة كان قد استقر في يد فرد مطلق (ج ٢ ص ٥٧٨)

كانت المحاكم الانجليزية العادية او محاكم القانون العام تتبع قواعد فى بعضها شدة ومجافاة للعدالة فلجأ المتقاضون الى الملك ليخلصهم من تلك القواعد ويجري فى مسائلهم قضاء آخر يلائم الانصاف وقام الملك بهذا بماله من ميزة خاصة هى ميزة الفصل في المشاكل ولو في غير حدود القانون لان العدل يتركز في شخصه ويصدر عنه ولما عليه من واجب الانتصاف للضعيف من القوي.
وقد مارس الملك هذا الحق عن طريق مجلسه ثم فوضه لجماعة يرأسها المستشار Lord Chancellor الذي كان قسيساً حافظاً لسريرة الملك وحاملا لخاتمه في وقت واحد، فلما استأثر احد اولئك المستشارين وهو وولزي بالنفوذ في الدولة في عهد هنري الثامن استأثر ايضاً بهذه السلطة القضائية فمارسها مستقلا اي بغير مجلس.

ويلاحظ ان هذه الميزة التي اعترف بها للملك والتي فوضها الى المجلس ثم استأثر بها مستشار، لا تخوله سلطة سن قانون جديد لان التشريع من شأن البرلمان لا الملك ولا مفوضيه ولذلك لم يحتاجوا الى تلقين من يتولى منصب المستشار تعليما قانونياً خاصاً في حين استوجبوا ذلك بالنسبة للقضاة في محاكم القانون العام. فالمستشار كان يقضي فى كل دعوى وفق ظروفها بما يطابق العدالة والحسنى والعقل والمنطق.

As equity and good Reason aud good sense ar d conscicnce Require in the Case .

حتى ان سلدن تهكم بقضاء العدالة وقال انه لا يعرف معياراً لها لان العدالة تضيق وتتسع بمقدار ضيق وسعة ضمير المستشار كما تطول القدم او تقصر باختلاف المستشارين .

ولكن المستشارين اخذوا يراجعون اقضية من سبقوهم ويستأنسون بها وكان المستشار notingham هو اول من قلب العدالة من مسألة ظروف الى قاعدة ، ثم جاء Eldor فلم يستحدث قواعد جديدة بل اخذ يعيد النظر في الاقضية السابقة كما حصل للقانون البروتوري اوقضاء البروتور في روماحوالي سنة ١٣٠ ب . م في عهد الامبراطور هادريان الذي لم يطق ان يزاول البروتور سلطة التشريع (ومع ذلك تذهب بعض الآراء الى ان المبادئ البروتورية استقرت ووقف استرسالها قبل ذلك التاريخ) .

موازنة بين العدالتين الرومانية والانجليزية

وقد ألف الباحثون ان يعقدوا موازنات بين العدالة الانجليزية والقانون الطبيعي عند الرومان، ففريق يقيم الفروق وفريق يفتش عن ضروب التشابه : فاوستن مثلا يرى انهما مختلفان ويقول ان العدالة الانجليزية مارستها محاكم خاصة غير المحاكم العادية ، كما ان قواعد الاولى كانت قواعد قضائية بينما كانت قواعد الثانية تشريعية لان البروتور

في الواقع كان يشرع ولا يقتصر على القضاء . وقد لاحظ والتون بالنسبة للفرق الاول ان اوستن تجاهل وجود (البروتور الاجنبي) الذي قام بتطبيق قانون الشعوب ، اما الفرق الثـــاني فهو يسلم به ويكتفي بالاعتراض العـــام بغير تفصيل . والواقع ان كلا من البروتور والمستشار كان يقضي ويشرع واذا كان ثمت فرق فهو شكلي بحت لان البروتور كان يثبت مبادئه في منشـــوره وهـــذا مالم يفعله المستشار ، فان نحن تجاوزنا عن هذا الفرق الشكلي وجدنا ان كلا منهما استحدث مبادئ جديدة استحداثاً هو في الواقع من التشريع .

وقد عرض الاستاذ (مين) للموازنة بينهما فاستظهر خصلتين يشتركان فيهما :

الاولى : ان كلا منهما وقف في وقت معين عن استحداث القواعد الجديدة مكتفياً بما تجمع من قواعد .

الثانية : ان الغرور البشرى الذي يأبى على النفس ان تسلم بان حالها الاولى كانت على غير ما يرام ، هذا الغرور قد دفع الرومان الى تلمس اصل قديم لقواعد عد التهم وجدوه في فكرة القانون الطبيعي ودفع الانجليز الى تلمس مثل هـــذا الاصل

فوجدوه في فكرة (ان الملك مصدر للعدل والاحسان) [١] .
ويضيف نفس المؤلف ان المستشار الانجليزي كثيراً ما كان يشتق مبادئ احكامه من قضاء البروتور الروماني بغير ان يصرح بذلك .
والآن فلنستوعب بعض الامثلة للعدالة في القانون الانجليزي :

١ – كان القانون العام يقضي بان المدين بسند لا تبرأ ذمته قانوناً وقضاء بدفع الدين الا اذا استرد السند او اشر عليه بالتخالص. فاذا لم يفعل واستصدر من الدائن ورقة مستقلة يعترف فيها بالوفاء ، ثم قاضاه الدائن خرب الذمة مطالبا بالمبلغ فليس يغني عنه ان يظهر هذه الورقة للمحكمة بل لا بد من الزامه بالدفع مرة ثانية .

بديهي ان تختط محكمة العدالة خطة اخرى فترفض الدعوى في مثل هذه الحال .

٢ – طبقا للقانون العام كانت حقوق المرأة ضعيفة وكان لا بد من موافقة زوجها على تصرفاتها القانونية فخففت هذه القيود طبقا لقضاء العدالة .

٣ – كان القانون العام لا يعترف باسباب لفساد العقد ما عدا الغش وعدم الاهلية والاكراه فزادت محكمة العدالة استعمال النفوذ استعمالا غير مشروع undue Influence والتسلط على الارادة واذا كانت العلاقة بين المتعاقدين قوية

(١) راجع مناقشة بولوك لمين في هذا الانتقاد في نفس كتاب مين .

فهنا قرينة قانونية على حصول هذا التأثير غير المشروع كان يهب زوج لزوجته او ولده او يهب المريض لطبيبه او المتقاضي لمحاميه او المريض لقسيسه ، فالهبة في كل هذه الصور باطلة لان المفروض وقوعها تحت تاثير غير مشروع ، الا ان يثبت العكس اي ان من صدر العقد لصالحه لم يكن له هذا النفوذ وذلك التاثير فعلا . او ان العقد عمل بعيداً عن تدبيره باقتراح شخص ثالث .

٤ــ كان القانون العام يجيز وينفذ الشرط الذي ياخذه الدائن المرتهن على مدينه الراهن بان يتملك الاول العين المرهونة اذا حل موعد الوفاء ولم يف وهو يسمى Clause Conmis.oire فابطل قضاء العدالة فعل هــذا الشرط معلناً قاعدة ان الرهن يبقى رهناً Cnce a mo tgage, always a mortgage مع اســتبقاء حق الــ Foreclosure للدائن ومقتضاه ان يطلب من المحــكمة تحديد اجل للوفاء اذا حل بغير ان يقوم المدين بتوفية الدين تملك الدائن العين. على ان المحــكمة لم تــكن ملزمة باجابة هذا الطلب فــكان لها ان تفضل ايقاع بيع العين وتوفية الدين من ثمنها .

٥ – رفضت محكمة العدالة تطبيق ما يشترطه الدائن من زيادة سعر الفائدة عما حدد في العقد في حالة التأخر عن الوفاء في الميعاد كأن يقول الدائن ان الفائدة ٧ بالمائة اذا دفع الدين آخر العام وإلا

احتسبت الفائدة بسعر ١٠ بالمائة .

٦ – لم تبح محاكم العدالة الفوائد المركبة الا بشرط صريح بالعقـــــد .

٧ – طبقاً لقواعد القانون العـام يعتبر الاب الولي الطبيعي على الولد الشرعي ، وتعتبر الام الولية الطبيعيـة على الولد الطبيعي وللولي تعيين وصي مختار ، ولـكن محكمة العدالة اجازت عزل هذا الوصي معتمدة على انها تقضي نيـــــابة عن الملك الذي يعتبر ابا الوطن Patens patriae .

٨ - صدر قانون للاقراض سنة ١٩٠٠ قضى ببطلان القرض اذا لم يكن اسم المقرض مسجلا فى سجل المقرضين . وحـدث ان اقرض شخص غير مسجل قرضاً لآخر واستلم منه سندات تأميناً لهذا القرض. فلما طالبه بالدين رفضت دعواه طبقاً للقانون ، ولـكن المحـكمه ابت ان تجيب طلب المدين ارجاع السندات اليه .

٩ـــ درجت محاكم العـدالة على ان تعطي اوامر Ingunctions تخول حاملها تنفيذ حق له . كأن يمنع جاره من القيام بعمل يضره قبل البدء فيه ، او ان يستولي الدائن على بعض اموال مدينه المتمنع عن الذهاب الى المحـكمة .

١٠ـــ وقضت بالتنفيذ العيني Specific Performance كأن يتعاقد

ممثل على احياء حفلة ثم يمتنع ، فللمتعهد ان يجبره على القيـــام بالتزامه عيناً (١) .

العدالة في الشريعة الاسلامية (٢)

عرفت الشريعة الاسلامية فكرة العدالة في صورة الرأي ولكنها تمتاز من الشريعتين الرومانية والانجليزية بان فكرة العدل نشأت مصاحبة لقواعدها ، ففضلا عما ورد فى القرآن الشريف من حث على الاخذ « بالعدل » والاحسان وامر « بالمعروف » ، « فقد ارتضى اكثر الاصوليين ان رسول الله (صلعم) كان يجتهد برأيه حيث لا يكون وحي » كما روي حديث يقر اجتهاد القاضي برأيه اذا لم يجد نصاً من الكتاب او السـنه . » وكان كثير من الصحابة

---

(١) راجع هذه الامثلة وغيرها فى : (A digest of equity) sthobaw وبعضها في والتون . وانظر امثلة هامة اخرى في باب تاريخ القانون الانجليزي في هذه المذكرات

ويلاحظ ان المثال الثامن ينفي الى حد ما قول بعض الكتاب ان قواعد العدالة وقفت فلم تزد شيئاً بعد سنة ١٨٤٨ .

(٢) يحسن ان يراجع في هذا المعرض الفصل القيم الذي كتبه استاذنا الدكتور السنهوري عن فكرة القانون الطبيعي عند فرقة المعتزلة التي استخلص انها تقول بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين بعكس الاشعرية التي ترى ان القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله

(علم اصول القانون ص٣١ــ٣٤)

يرى ان يستعمل الرأي حيث لا نص من كتاب ولا سنة . وقد فسر ابن القيم الرأي « بانه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » واستخلص الاستاذ احمد ان المتتبع لما روي عن العصر الاول في الرأي يرى انهم كانوا يستعملون هذه الكلمة بالمعنى الذي نفهمه الآن من كلمة « العدالة » وبعبارة اخرى ما يرشد اليه الذوق السليم مما في الامر من عدل وظلم »[1] . ومن يوازن بين تعريف ابن القيم وبين معنى العدالة الانجليزية في نظر المستشار يرى ان ملاحظة الاستاذ احمد امين ملاحظة صائبة . وقد اعتبر عمر بن الخطاب (رض) زعيم مدرسة الرأي واورد بعض امثلة تبين اخذه به ، كتقرير قتل الكثير بالواحد قياساً على حد من يشتركون فى سرقة جزور ، وتعيين ثمانين جلدة حداً لشارب الخمر قياساً على القاذف لان من سكر هذى ومن هذى قذف ، وجعله للاشقاء نصيباً من تركة شقيقتهم فى المسألة المعروفة بالحجرية او الحمارية او المشتركة . وقد عمل فى قتل الكثير وحد القاذف برأي

(١) فجر الاسلام ج ١ ط ٢ ص ٢٧٨

(٢) اذا توفيت امرأة عن ام وزوج واخوين لام واخوة اشقاء فان الام تأخذ السدس والزوج النصف والاخوين لام الثلث فلا يبقى شيء للاشقاء ، وقد كان عمر يقضي بهذا حتى قال هؤلاء هب ان ابانا كان حجراً في اليم (وفي رواية اخرى كان حماراً) اما كانت امنا واحدة ؟ فاشركهم فى الثلث مع الاخوة لام.

الامام علي (رض) . وعدوله عن اعطاء بعض الصدقات للمؤلفة قلوبهم رغم صريح النص القرآني الكريم استناداً الى ان علة الاباحة التي ورد بها النص – وهي حاجة المسلمين الى مداراة القوم وتأليف قلوبهم بالعطاء – قد زالت فوجب ان يزول معلولها بعد ان « اعز الله الاسلام واغنى عنهم » ، والعفو عمن سرقوا بباعث الحاجة لان سادتهم يستعملونهم ويجيعونهم حتى ان احدهم لو اكل ما حرم الله عليه حل له » وتغريمه سيدهم غرامة توجعه لانه هو الذي اجاعهم فركبوا ذلك المركب الخشن (١) ، وعدم توزيعه على جنود المسلمين اربعة اخماس ما فتحوا من البلاد وقد كان للعسكر الغانم اربعة اخماس الغنيمة ولبيت المال ما تبقى ، وقضائه على محمد بن سلمة بان يمر

---

(١) لكن يلاحظ انه جعل الغرامة للمجنى عليه لا لبيت المال : « ثم قال يا مزني بكم اريدت منك ناقتك ؟ قال باربعمائة ، قال فاذهب فاعطه ثمانمائة » . تأمل قضاء عمر في هذا الحادث وقارنه بمذهب القوانين الحديثة التي ترفض الخلط بين الباعث والنية الجنائية فمن قتل بباعث الشفقة مريضاً ميئوساً من شفائه لانقاذه من آلامه فهو قاتل ، ومن سرق – كجان فالجان بطل رواية البؤساء – ليقتات اطفاله المتضورون فهو سارق في نظر القانون وان جاز للقضاء ان يراعي الظروف عند تقديره العقاب . – قارن هذا القضاء ايضاً بفكرتي الضرورة وشخصية العقاب – وقارن قتل الكثير بالواحد بقواعد تعدد الفاعلين والاشتراك .

خليج جاره في ارضه لانه ينفع جاره ولا يضر محمداً «فعلل الفتوى باصل عام وهو اباحة النافع وحظر الضار ولم يقله قياساً على اصل معين وهذا ما يسمى في عرف الفقهاء بالمصالح المرسلة التي لم يشهد فيها اصل معين »[1] .

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للمرحوم الخضري بك ط ٤ ص ٢١١ قارن هذا القضاء بنظرية سوء استعمال الحق التي سيرد الكلام عنها و نظرية ديجي . وراجع في فكرة المصالح المرسلة التي تسمى الاستصلاح ايضاً (ضحى الاسلام) للاستاذ امين الجزء الثاني الطبعة الثانية ص ١٥٦ وقد لخصها بقوله : « ان الشارع . ـ كما قالوا ـ يدور في تشريعه على حفظ خمسة وهي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، ولو استقرينا اوامر الشارع و نواهيه لوجدناها لا تتعدى هذه الامور ، ولو دققنا في معرفة ما حلله الشرع او حرمه لوجدنا علته كذلك . فاذا عرضت مسألة من المسائل لم يردفيها نص نظرنا فيما يترتب على الامر من المصالح والمضار ، وقدرنا ذلك كله واصدرنا حكمنا بحله اوحرمته . وقد مثلوا لذلك بكفار تترسوا بجماعة من اسرى المسلمين فلو كففنا عنهم لقاتلونا وغلبوا على دار الاسلام وقتلوا المسلمين ، فقالوا ان المصلحة تقتضي القتال ولو قتل الترس لان مقصود الشرع تقليل القتل او منعه عند الامكان وفي مقاتلته الكفار تحقيق لهذا لانه اذا لم يفعل قتلوا المسلمين ثم قتلوا الاسرى فالاسير مقتول على كل حال ، واقرب الطرق الى تقليل القتلى هو مقاتلة الاعداء ولو تترسوا بالمسلمين . فترى من هذا انهم يعنون بالاستصلاح او المصالح المرسلة وزن ما يعرض من المسائل بميزان المصلحة العامة اوباغراض الشارع العامة اوبالقواعد الاساسية التي جاءت من اجلها الشرائع وهو ضرب من الرأي او مراعاة العدالة يدعو الى نوع من الحرية في التشريع .»

وقد ضاق معنى الرأي فبعد ان كان يتصد به في عهد الصحابة والتابعين « الحكم بناء على القواعد العامة للدين كقوله صلى الله عليه وسلم: (لاضرر ولاضرار) بغير اهتمام باصل معين يشبه الحادثة التي يفتى فيها » ، احس الفقهاء بما في التوسع في الرأي من خطر لانه قد يؤدي « الى ترك كثير من السنن ولاسيما اذا كان صاحبه لم يكثر من التنقيب عن السنن ولم يكن من الميسور لفقيه قام في مصر من الامصار ان يكون محيطاً بما عند العلماء في سائر الامصار من السنة فلا يأمن ان يفتي بما تخالفه سنة لم يحفظها وحفظها غيره، فرأوا ان يضيقوا دائرة الرأي فشرطوا ان يكون للمستنبط بالرأي اصل معين يرجع اليه في فتواه وذلك الاصل اما كتاب او سنة وهذا هو (القياس) الذي اعتبروه اصلا من اصول التشريع بعد الكتاب والسنة وبرع فيه فقهاء العراق الا انهم كثيراً ما يتركون القياس الى شيء سموه الاستحسان فكثيراً يقول محمد بن الحسن في المبسوط استحسن وادع القياس فقد يكون احسانه رجوعاً لاثر يخالف مقتضى القياس او رجوعاً للاصول العامة وهذا ما كان يسمى قديماً بالرأي » (١).

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري - ٢١١ - ٢١٢ - وقد قيل في تعريف الاستحسان انه قياس خفي في مقابلة القياس الظاهر وقيل في هذا الغرض

وقد نهضت مدرسة الحديث تناوم اصحاب الرأي وتغلو احياناً في تسفيه مذهبهم وتستعمل في ذلك التهكم اللاذع وقامت بين المدرستين الغاليتين مدرسة اخرى تتخذ بين ذلك قواماً فهي لا تهمل الرأي بتاتاً وهي مع ذلك غنية بالحديث ولا تعمل الرأي الا بشروط اذا لم يكن نص في المسألة ومن اعلام هذه المدرسة الامام مالك ثم الامام الشافعي اللذان يقفان بين الاحناف في طرف والحنابلة في الطرف المضاد [1] .

« استفت قلبك وان افتاك المفتون » ـ (قارن عدالة الضمير) ـ وقد ورد في ضحى الاسلام (ج ٢ ص ١٥٦) ما يأتي : « فالاستحسان قد عرفوه تعريفات مختلفة اقربها الى الفهم ان يكون في المسألة شبه بمسألة اخرى ورد فيها نص وكان من مقتضى ذلك ان يقيس الفقيه هذه المسألة على المسألة التي ورد فيها النص ولكنه لا يفعل ذلك ويترك هذا القياس الى تقدير المسألة بمقتضى العدالة »

(١) وقد رأيت ابياتاً من الشعر نقشت على ضريح الامام ابي حنيفة في « الاعظمية » ببغداد تشير الى اخذه بالقياس اذكر منها :

اذا ما الناس يوما قايسونا ... بآبدة من الفتيا ظريفه
اتيناهم بمقياس صحيح ... تلاد من طراز ابي حنيفه
ولم يقس الامور على هواه ... ولكن قاسها بتقى وخيفه
واوضح للخلائق مشكلات ... غوامض كن قد تركت وقيفه

ويظهر ان هذه الابيات هي التي اوردها ابن قتيبة قائلا ان شقيقاً البلخي رواها عن بعض الشعراء مدحاً لابي حنيفة .

ومع ان ابن القيم يعد من اتباع مالك الذي اخذ بالمصالح المرسلة ، نراه يحمل حملة شديدة باسلوبه الحماسي المأثور عنه وتهكمه البارع اللاذع [١] على الاخذين بالرأي والقياس والاستحسان . ولكنه انصفهم فلم يبدأ بالرد عليهم الا بعد ان اسهب في بيان ادلتهم ولم يكتم عن قارئه تقديره لعمله هذا فقال : « قد اتينا على ذكر فصول نافعة واصول جامعة فى تقرير القياس والاقتناع به لعلك لا تظفر بها في غير هذا الكتاب ولا بقريب منها » ثم اخذ في بيان وجهة نظره هو وتعزيزها بما استظهر من نصوص وروايات ومجادلات ، من ذلك قوله « ولو كان القياس من الدين لكان اهله اتبع الناس للاحاديث ونحن نرى انه كلما اشتد توغل الرجل فيه اشتدت مخالفته للسنن فلله كم من سنة صحيحة صريحة قد عطلت به وكم من أثر درس حكمه بسببه فالسنن والاثار عند الآرائيين والقياسيين خاوية على عروشها معطلة احكامها معزولة عن سلطانها وولايتها ، لها الاسم ولغيرها الحكم ، لها السكة والخطبة ولغيرها الامر والنهي والا فلماذا ترك حديث تغريب الزاني غير المحصن ، وحديث لعن الله

---

(٢) فهو يقول فى تفنيد حجة الاشقاء فى المسألة المشتركة انه لو جاز افتراض ان اباهم كان حماراً لوجب ان تكون امهم اتاناً (المجلد الرابع ص ...)

المحلل والمحلل له ... وحديث جواز رجوع الاب فيما وهبه لولده ولا يرجع غيره ... وحديث من زرع في ارض مقوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته الخ » [١] واستأنس بان الله قبل في قتل النفس شاهدين ولم يقبل في الزنا الا اربعة مع ان قتل النفس اعظم ، وجعل المرأة تقضي الصوم اذا حاضت ولا تقضي الصلاة مع ان هذه اعظم ، [٢] بل ذهب ابن القيم الى ان الخلفاء الراشدين جميعاً رضي الله عنهم قد ذموا الرأي مع انا رأينا ان عمراً كان زعيم مدرسته فان تأملنا معتمد ابن القيم في تقريره هذا وجدنا مما يقول في ذلك « ان ابا بكر نزل به قضية فلم يجد في كتاب الله فيها اصلا ولا فى السنة اثراً فاجتهد برأيه ثم قال هـذا رأيي فان يكن صواباً فمن الله وان يكن خطأً فمني واستغفر الله » وان عمراً قال وهو على المنبر « يا ايها الناس ان الرأي انما كان من رسول صلى الله عليه وآله وسلم مصيباً ان الله كان يريه وانما هو منا الظن والتكلف » [٣] ولست ارى في هذا تحريماً للرأي ولا نهياً عنه بل ان شدة تحرج الخلفاء وتقواهم ورغبتهم في ابراء ذمتهم هي التي دفعتهم الى الافضاء الى الناس بذلك ولعلهم قصدوا ان يضربوا من انفسهم للناس مثلا

---

(١) المجلد الاول ص ٢٩٩ — ٣٠١ (٢) ص ٣١١ المرجع السابق .

(٣) ص ٦١ المرجع السابق

في التحرج والتورع والا فكيف نفسر اخذهم بالرأي فعلا وامرهم عمالهم بالاحتذاء حذوهم على نحو ما كان في عهد عمر للاشعري رضي الله عنهما .

على ان ابن القيم قد اعلن اقتناعه برأيه بصيغة جازمة : « ونحن نقول قولا ندين الله به ونحمد الله على توفيقنا له ونسأله الثبات عليه ان الشريعة لم تحوجنا الى قياس قط وان فيها غنية وكفاية عن كل رأي وقياس وسياسة واستحسان . » (١) وقد ضرب لذلك أمثلة منها : « تقصير طائفة في لفظ السارق حيث اخرجوا منه نباش القبور ثم راموا قياسه في القطع على السارق فقال لهم منازعوهم الحدود والاسماء لا تثبت قياساً فاطالوا واعرضوا في الرد عليهم ولو اعطوا لفظ السارق حقه لعرفوا انه لا فرق في حده ومسماه بين سارق الأثمان وسارق الاكفان وان اثبات الاحكام في هذه الفتور بالنصوص لا بمجرد القياس. » (٢) ومن ذلك ايضاً انه عارض الذين جوزوا عقد الايجار استحساناً لانه باطل قياساً لان التمليك لا يرد على المستقبل وعقد الايجار ليس الا تمليك المنفعة وهي غير حاصلة وقت العقد (٣) ، وقال في محاجتهم ان الايجار جائز بحكم الاصل

---

(١) ص٣٢٥ — ٣٢٦ المرجع السابق . (٢) ص٣٢٥ المرجع السابق

(٣) راجع قول قاضي زاده .

وليس باطلا قياساً ولا جائزاً بمحض الاستحسان وذلك لان مناط الحكم في الابطال ليس الاستقبال وانما هو الضرر . فاذا امتنع فالتمليك صحيح ولو ورد على المستقبل »(١) .

على انه من يمعن النظر فيما كتبه ابن القيم في هـذا الفصل يراه قد اخـذ بالقياس في بعض المسائل : فها هو ذا يقول باعطاء البنتين الصلبتين الثلثين من التركة اذا لم يترك المورث ولداً ذكراً رغم ان الآية الكريمة تقضي باعطاء الثلثين ان كن فوق اثنتين » وانما انتهى ابن القيم الى هذا الحل الذي يتعارض في الواقع مع المعنى القريب الظاهر للنص قياساً على حالة وجود اختين للمتوفى فقد قضى النص باعطائهما الثلثين فسوى ابن القيم البنتين بالاختين بناء على حجج منها ان حق البنت اقوى من حق الاخت فما يكون للاختين يجب ان يكون للبنتين من باب اولى .

التحسين والتقبيح العقليان :

وقبل ان نمضي عن هذا الفصل يجدر بنا ان نشير الى مسألة مما اثار المعتزلة ، «لها اتصال كبير على مايظهر بمسألة الرأي والقياس هي مسألة التحسين والتقبيح العقليين ومدارها هو : هل في الافعال صفات من حسن او قبيح جعلت الشارع يأمر بها او ينهي عنها ،

(١) ابن القيم المجلد الرابع

فلولا ما في الصدق من صفة الامر به ، ولولا ما في الكذب من صفة لما نهي عنه ؟ او ان الشارع بأمره بالصدق جعله حسناً وبنهيه عن الكذب جعله قبيحاً ولو شاء لعكس ؟ » قال المعتزلة بان الحسن والقبح ليسا خلعة من الشارع يخلعها على هذا العمل اوذاك ، بل هما مستقران في طبيعة الاشياء وليس المشرع ينهي عن عمل الا لانه قبيح في ذاته فهو « مخبر » عن قبحه لا « منشئ » له ، وليس يبيح او يأمر بعمل الا لانه حسن في ذاته فهو « معلن » لحسنه من بعد وجود وليس محدثاً اياه من عدم . وقال الاشعرية بان ما يراه الشارع حسناً فهو حسن وما يراه قبيحاً فهو قبح ، والحسن والقبح مستمدان من تقرير الشارع لا من طبيعة الاشياء . وقد عاصرت هذه المسألة القياس والرأي ، وذهب الاستاذ احمد امين الى انهما « متساندتان فمن كان يرى ان في الافعال صفات من اجلها أمر بها الشارع او نهى قال : ان هذه الصفات يمكن ادراكها بالعقل ، ولذلك يكون الرأي في امكانه كشف هذه الصفات وتعرفها واصدار حكم فيها ، وذلك يجعل له حرية كبيرة في التشريع ، ومن قال بعدم الصفات الذاتية ، وان أمر الشارع هو الذي يحسن ويقبح ، كان من الطبيعي ان يقف في اجتهاده على النص ، وكل ما يستطيع في الاجتهاد ان يلحق الشبيه بشبيهه ، وطبيعي ان يذهب

الحنفية الى الرأي الاول ، وان العقل يستطيع ادراك مافي الشيء من صفات حسن او قبح ، وان الانسان لو لم تبلغه دعوة فلا عذر له في الجهل بخالقه لدلالة العقل عليه وهو ملزم بفعل الحسنات وترك السيئات لان العقل يرشد الى ذلك » «١» .

وقد رأى استاذنا السنهوري ان قول المعتزلة هذا اخذ بنظرية القانون الطبيعي في حين ان «مذهب الاشعرية مذهب رسمي شكلي كمذهب « اوستن » ومدرسة الشرح على المتون لان القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله » «٢» .

موازنة بين العدالة في الشرائع الثلاث :

والمتأمل في « العدالة » الاسلامية يرى انها — على عكس العدالتين الرومانيسة والانجليزية — قد نشأت مصاحبة للقواعد القانونية لا تالية لها ، وانها قد قنعت في اكثر الاحوال بتفسير الغموض او ايجاد حل لمسألة لم ينص على حل لها بوسائل التفسير العادية فلم تكن جريئة على القواعد القانونية الواضحة الثابتة

---

(١) ضحى الاسلام ج ٢ ط ١ ص ١٥٤ و ١٥٥ . وقد خص المؤلف مذهب الاعتزال بالفصل الاول من الفصول الاربعة التي اشتمل عليها الجزء ٣ من ضحى الاسلام الصادر حديثاً (ص ٢١ — ٢٠٧)

(٢) القانون ص ٣٣ و ٣٤ .

الا فى احوال استثنائية قليلة كما رأينا في بعض اقضيـة عمر وهي في هذا تختلف من العدالتين الرومانية والانجليزية اختلافاً بيناً . وقد كان مذهب الاعتزال الاسلامي جريئاً في نظرياته الى ابعد حدود الجرأة حتى قرر اصحابه فكرة العدل على الله ونادوا بخلق القرآن ولكن اثرهم في النطاق التشريعي العملي اى فيما يتصل بامور الناس الوضعية الدنيوية لم يكن ذا بال[1]

واذا كان قضاء محكمة العدالة في انجلترا قد لقي خصوصاً من العلماء يناجزونه ويدعون الى التشبث باهداب القانون العادي ، وكان الرومان قد تقسّمتهم فيما قيل نزعة تحرص على القانون القديم ونزعة تهفو الى الجديد ، فكذلك لقي الرأي عند المسلمين

---

(١) انظر مع ذلك ضحى الاسلام الجزء الثالث ص ٨٥ و٨٦ فقد قرر احد أئمة المعتزلين عمرو بن عبيد أنه « لا يعفى عن السارق دون السلطان » فروى له بكر بن حمدان حديث صفوان بن امية الذي يفيد ان النبي (ص) قرر ان للمجنى عليه حق العفو عن السارق قبل ان « يأتيه به » اي قبل ان يرفع امره الى السلطان ، وليس له العفو بعد ذلك ؛ فقال عمر و لمن عارضه بالحديث أتحلف بالله الذي لا اله الا هو ان النبي قاله ؟ فقال له صاحبه: أتحلف بالله الذي لا اله الا هو ان النبي لم يقله ؟ فحلف عمرو .

خصومة حارة من اصحاب الحديث الخصومة في الحالة الاولى قد انتهت بانتصار العدالة بينما هي في الحالة الثانية ، قد انتهت باقفال باب الاجتهاد الا في مذهب بعض المسلمين (١)

العدالة في الشرائع الوضعية الحديثة

اذا جاز القول بان الحيل الشرعية يجب ان تختفي في عصرنا الراهن بعد انقضاء دورها ، فهل يمكن اجراء مثل هذا الحكم على العدالة لان الامر يجب ان يستتب للتشريع اي للقانون الوضعي دون غيره فيتقيد القضاء به لان دور القاضي المشرع ، دور البروتور الروماني ، او المستشار الانجليزي قد انقضى ووجب رعاية الحدود الدقيقة بين السلطات ؟ من الخطأ اطلاق جواب واحد واعطاء حكم عام فان القاضي يجب ان يكون قاضيا فقط ولكنه لايستطيع فى الوقت ذاته ان يقتل « الانسان » الذي في نفسه، وهذا الانسان لا يمكن ان يتخلص تماما من التأثر بالمبادئ الكلية

---

(١) يلاحظ مع ذلك ماسبق الاشارة اليه من وقوف استحداث قواعد عدالة جديدة في انجلترا بعد سنة ١٨٤٨ ، وما وجهناه الى هذا القول من نقد

المطلقة مبادئ القانون الطبيعي والعدالة التي طبع عليها . وهو يحاول ما استطاع ان يوفق بين القانون والانصاف ، والقانون نفسه قد يوسع عليه فيرخص له او يأمره بان يلجأ الى قواعد القانون الطبيعي والعدالة اذا لم يجد نصا او وجد نصاً غامضا او نصا عاجزا كما يفعل القانون المدني المصري بشطريه الاهلي والمختلط ، بل قد يملي له — في بعض الاحوال — ان يتخذ دور المشرع كما يفعل القانون السويسري الذي يقول ان على القاضي في مثل هذه الاحوال ، اي عدم وجود نص الخ . ان يقضي بما كان يراه لوكان شارعا . وظاهر ان القضاء عندما يستعمل هذه المكنة في حدودها فانما يطبق امر القانون وان كان يقضي بالعداله في الوقت نفسه ، ولكن هل يستطيع ان يتجاوز هذا فيهمل امر القانون الصريح اذا رآه منافيا للعدل والانصاف ؟ انه يتردد طويلا قبل ان يفعل هذا وهو يحتال للوصول اليه دون ان يصرح بانه يتجاوز القانون ، واذا كان قضاة الموضوع يسيرون في هذا الطريق شوطاً فان محاكم النقض ـ في هيمنتها على صحة تطبيق القانون وتفسيره ـ طالما اعترضت قضاءهم ونقضت احكامهم لتردها الى حظيرة القانون قبل كل شيء .

والان لنستعرض بعض الاقضية الحديثة المستندة الى مبادئ العـدالة :

١) نظرية سوء استعمال الحق

الاصل ان الحق مطلق مالم يقيده نص فلايمكن ان يوجد سوء استعماله لان كل استعمال للحق هو حق . ولـكن بعض العلماء قد قاموا حديثاً ينادون بان الحقوق ليست مطلقة بل هي مقيدة بالغرض الاجتماعي الذي قررت من اجله فاذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الغرض واضر بالغير وجب تضمينه قيمة الضرر تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي والعدالة . وقـد اصبحت هذه النظرية مستقرة في القضاء الفرنسي ، وكذلك القضاء المصري بشطريه الذي استأنس في الاخذ بها ـ زيادة على مبادئ العدالة ـ بان القانون المصري قد طبقها في احد نصوصه في مسألة معينة فمنع مالك الحائط التي يعتمد عليها بناء جاره من هدمها الا لضرورة شديدة . قضاء المحاكم ان يوجد سوء استعمال للحق في صورتين : الاولى الا يكون مؤخذ من المالك من وراء هذا الاستعمال منفعة مشروعة سواء انثوى الاضرار بالغير او لم ينثو كما لو كان امامه جملة وسائل للاستفادة من ملـكه ولـكنه اختار

الطريقة التي يترتب عليها ضرر للغير مع وجود طريقة اخرى تمكنه من الاستفادة بغير مضارة احد، والثانية ان تتوفر في صاحب الحق نية الاضرار . ومن التطبيقات القضائية المصرية في هذا الشأن ان بناء احد الملاك حائطا في ملكه ارتفاعه خمسة عشر مترا يحجب الضوء عن نوافذ جاره هو استعمال غير عادي لحق الملكية لا يقر عليه (استئناف مختلط ١٢/١١/١٩٢٩ و ١٩/١١/١٩٢٩)

وقد كان يظن ان هذه الفكرة ليست الا وليدة الفقه الاوربي الحديث ولكن شابا مصريا هو المرحوم محمد فتحي المحامي وضع رسالة اظهر فيها بجلاء كيف قامت هذه النظرية في الشريعة الاسلامية وقد اكبر استاذه (لامبير) عمله كل الاكبار واعلن على هدى ذلك البحث ان النظريه الاسلامية اوسع بكثير من النظرية الاوربية [1]

وقد حاول بعض الباحثين من جهة اخرى ان يثبتوا ان للنظرية اصلا في القانون الروماني وتضمن برنامج مؤتمر القانون المقارن الذي سيعقد في صيف ١٩٣٧ بلاهاي بحثا في هذا الشأن . على ان

(١) راجع اقواله في هذا الشأن في العدد الاول من مجلة القضاء العراقية السنة الثانية ص ١٨٩ .

هذا لا يمنع تقرير الحقيقة الواقعة وهي ان القضاء الحديث قد احتضن هذه الفكرة ان لم يكن قد ابتدعها لاول مرة .

٣) البناء بحسن نية على جزء قليل من ارض الجار :

اذا بنى شخص بناء في ملك الغير فان المادة (٦٥) من القانون المدنى المصرى تخير صاحب الارض المعتدى عليها بين تملك البناء باقل قيمة او طلب الازالة . ولكن يحدث احياناً ان يكون الباني جاراً لهذا الغير المالك ويكون قد بنى في ملكه ولكنه تجاوز ارضه فامتد بناؤه وشغل جزء طفيفاً في ارض جاره . وقد درج القضاء المصري على رفض الازالة في مثل هذه الحالة وما ذلك الا لان « القضاء على البانى بازالة ما بناه شديد التأثير وقد يؤدى الى هدم كل البناء ولا يصح ان يزال ضرر خفيف بضرر شديد . » (محكمة المطارين ...) وقد استقر القضاء الاهلي على هذا وذهبت محكمة الاستئناف منذ عهدها الاول الى ان تجاوز المالك ارضه الى ارض جاره لا يلحقه حكم البناء في ملك الغير بناء كبيراً وبغير وجود علاقة الجوار ، واكتفت بالزام الباني بان يعطى لجاره ثمن الجزء الذي شغله ببنائه (٥ / ١٢ / ١٨٨٨ - الحقوق ٣ ص ٢٤٤) وكذلك فعل القضاء المختلط (استئناف مختلط ١٩١٥/٤/٨ - بلتان س ٢٧ ص ٢٦٧ - و ٥ / ٢ / ١٩٢٤) .

وقد يمكن القول بان هذا القضاء ليس الا تطبيقاً لفكرة سوء استعمال الحق ، الا انه يلاحظ ان الجار المالك لا يجاب الى طلب الازالة . حتى اذا كان طلبه برئيا اي انه لم يقصد الاضرار بالباني.

٣) حرية اختيار المحكمة :

اذا نص الطرفان في اتفاقهما على ان للدائن ان يختار اى محكمة يشاء لرفع الدعوى امامها ، فلا يقبل منه رغم هـذا الاتفاق ان يختار محكمة شديدة البعد عن المدعي وعن المدعي عليه في الوقت نفسه اذ لا يكون للمدعي مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ويفسر عمله بانه اراد تدويخ مدينه وتعجيزه عن الدفاع عن نفسه (محكمة طهطا الاهلية ـ الجدول العشري لمجلة المحاماة بند ٢٨٣٣ ص٦٣٤). وهذا ايضاً يمكن رده الى سوء استعمال الحق .

٤) الانكار الكيدي للدعوى :

من مبادئ محكمة النقض والابرام المصرية « ان الاجابة على الدعوى بانكارها هي في الاصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به الزام خصمه باثبات مدعاه فان سعى بانكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات . اما اذا اساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادي

في الانكار او بالتغالى فيه او بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه فان هذا الحق ينقلب مخبثة تجيز للمحكمة طبقاً للمادة ١١٥ من قانون المرافعات الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو . »[1]

وهنا صورة اخرى من صور اساءة استعمال الحقوق .

٥) الملكية الادبية والفنية والصناعية

لم يضع المشرع المصري بعد نصوصاً تقرر وتنظم هذا النوع من الملكية رغم ان قانون العقوبات قد اعتبر الاعتداء عليها جريمة فلما لم يصدر القانون الذي كان مفروضاً ومطلوباً صدوره والذي توقفه قانون العقوبات عند ما نص على تلك الجريمة ، اضطرت المحاكم الى تبرئة المتهمين لانه لا عقوبة بغير نص وما دام ان الملكية الفنية لما تنظم فلا يجوز معاقبة منتهكي حرمتها لان هذه الحرمة لم تحدد بعد تحديداً واضحاً[2] . ولكن هذه لم يمنع المحاكم من ان تحمى اصحابها من الوجهة المدنية فقررت حق التعويض ثم زادت فقررت جواز الحجز التحفظي على الاشياء المقلدة رغم ان احوال الحجز التحفظي واردة في قانون الاجراءات المدنية

---

(١) ٢٦/ ١٠/ ١٩٢٣ ـ ملحق العدد الاول من السنة الرابعة لمجلة القانون والاقتصاد ص ٤ (٢) وقد وعدت الحكومة المصرية في خطبة العرش الاخيرة بسد هذا النقص

والتجارية على سبيل الحصر وليس بينها هذه الحالة ثم قررت حق اتلاف تلك الاشياء باعتباره نتيجة لحق الملكية المعتدى عليها[1]

٦) المسئولية الشيئية

وهذه ايضاً كنظرية سوء استعمال الحق فكرة حديثة ولكن بعض الباحثين قد فتش عن اصولها او تطبيقاتها عند الرومان وفي الشريعة الاسلامية . وهي تقضي بايجاد مسئولية على المنتفع من الشيء لا على اساس وقوع تقصير من جانبه انتج اضراراً بالغير وانما على اساس مجرد تملكه او انتفاعه من الشيء الذي سبب ذلك الضرر . وقد طبقها القضاء الفرنسي ثم اخذ بها المشرع الفرنسي

(١) ومن الخير ان نقتبس هنا بعض ما جاء في احكام ثلاثة في هذا الشأن :

« آ » « انه وان كان الشارع لم ينظم الملكية الادبية والفنية والصناعية ولم يبين حقوق اصحابها ، الا انه قد اعترف لاصحابها بحقوقهم واصبحت هذه الحقوق محل حماية القضاء بما هو مفروض عليه من سد النقص التشريعي تطبيقاً لقواعد العدالة واخذاً بمبادئ القانون الطبيعي » « مصر كلي اهلي ١٠ / ٣ / ١٩٣٤ — محاماة س ١٦ ص ٧٣٤ »

« ب » « ان الآراء الفقهية والاحكام القضائية قد تضافرت واستقرت على جواز الحجز على الاشياء المقلدة ومصادرتها او اتلافها باعتبارها نتائج حتمية لاعتراف المشرع بهذا الحق ووسيلة من وسائل التنظيم والضرب على ايدي

اخذاً محدوداً بالنسبة لاصابات العمال في قانون ١٩٣٠ . وقد جرت بعض المحاكم المصرية من اهلية ومختلطة على غرار المحاكم الفرنسية بينما رفض بعضها السير في هـذا الطريق حتى انتهى الامر الى محكمة النقض والابرام الاهلية فرفضت النظريـة رفضاً صريحاً وعرضت لمدى سلطة القاضي في تطبيق قواعد العدل والقانون الطبيعي وقالت في هذا المعرض ما يأتي :

« وحيث ان الشارع قد فصل جميع احوال المسؤلية المترتبة على الافعال وبين صور الالتزامات التي يوجبها القانون ولم يرد في اي البابين ما يجعل الانسان مسؤلا عن مخاطر ملكه التي لا يلابسها شيء من التقصير فهذا النوع من المسؤلية يرفضه الشارع المصري بتاتاً ولا

الغاصبين وايقافهم عند حدهم . » مصر كلى اهلي ١٥ / ١ / ١٩٣٥ .

« ج » « وحيث ان قواعد العدالة والانصاف تقضي بداهـة ان يجني المرء ثمار كده وابتكاره حتى يعوض عليه ما بذله من قوة عقله و بدنه وما صرفه من مال وما قطعه من زمن في سبيل الوصول الى اختراعه او اكتشافه لذلك وجب ان يحتكر المخترع صنع ما اخترعه وبيعه مدة من الزمن وهذا يعود بالفائدة على المخترع وعلى المجتمع ايضاً لأن صون حقوق المخترع يؤدي الى تشجيع الغير على الاختراع والابتكار وبذلك يخدم العلم اجل خـدمة وتؤدي كثرة الاستنباط الى تسهيل سبل الحياة . » (مصر كلي اهلي ٢١/٧/١٩٣٦ — المحاماة س ١٤ع ٢)

يجوز للقاضي اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ان يرتبه على اعتبار ان العدل يسيغه، اذا ان هذه المادة لا يمكن الرجوع اليها الا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لاحكام صريحة فيه جامعة مانعة .

وحيث ان الحكم المطعون فيه اذ رتب مسؤلية الحكومة على نظرية مسؤلية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها (المسؤلية الشيئية) يكون قد انشأ نوعاً من المسؤلية لم يقرره الشارع ولم يرده ويكون اذن قد خالف القانون ويتعين نقضه » (١)

واخيراً جداً اخذ المشرع المصري بالنظرية اخذاً محدوداً في قانون اصابات العمل الذى صدر في صيف ١٩٣٦ وقد سبقه المشرع المشرع العراقي في هذا الشان (٢)

٧ — نظرية عدم التوقع Theorie de l'Imprevisibilte

الاصل ان الملتزم لا يعفي من اداء التزامه الا ان تعرض قوة قاهرة تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة تامة لا امرهقاً صعباً فقط .

---

(١) ١٥ / ١١ / ١٩٣٤ — ملحق العدد الثالث من السنة الخامسة لمجلة القانون والاقتصاد ص ٧ وما بعدها — انظر نقداً لهذا الحكم بقلم عبده حسن الزيات في الصفحة القانونية لجريدة الوادي الصادرة بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٣٤

(٢) ونرى من المفيد اقتباس بعض ماجاء في المذكرة التفسيرية للقانون المصري بياناً للاساس القانوني لحق التعويض :

ولـكن مجلس الدولة في فرنسا قد خرج على هذه القاعدة مقرراً ان تغير الظروف يعفى من الالتزام فاذا كان الاتفاق قد عقد قبل الحرب والتزم المتعهد بمقتضاه بتوريد كميات الفحم بسعر معين ثم ارتفع السعر ارتفاعاً غـير منتظر فليس يجوز ارهـاق الملتزم بالزامه بتوريد نفس الكميات بنفس السعر اخـذاً على الاقـل بالشرط الفـاسخ الضمني في العقود المأخوذ به في القانون الدولي العام المسمى :Rebus Sic Stantibus وقد جارت محكمة الاستئناف

« ان التشريع المصري الحالي لا يخول للعامل المصاب اي تعويض عنـد اصابته مالم يثبت ان الحادث قد نشأ عن خطأ من جانب صاحب العمل على ان الاحصائيات التي قامت بها بعض دول اوربا ويمكن الاستئناس بهـا في مصر دلت على أن الحوادث التي من هـذا القبيل لا تتعـدى عشرين في المائة من مجموع الحوادث . فوق ذلك فقد يكون من المتعذر ، بل من المستحيل ان يقوم العامل باثبات خطأ صاحب العمل عند القاء عبء هـذا الاثبات على عاتقه وقد اخذت المحاكم الاهلية والمختلطة تتوسع في تطبيق مواد القانون الخاصة بالمسؤلية توسعاً خرجت به عن حدود النصوص الواردة من هذه المواد وقد ساقها الى ذلك تخفيف الحرج عند العامل واطراد تقدم الصناعـة على الوجه الذي نتج عنه ازدياد المخاطر التي يستهدف لها العامل ولـكن احكامها في هذه المسألة كانت متغايرة وغير مستقرة فبينما كان يرى بعضها ان الخطأ من جانب رب العمل مفروض كان يرى البعض الاخر الاخـذ اطلاقا بنظرية

الاهلية بمصر هذا القضاء ولكن محكمة النقض ، في هذه المرة ايضاً ، نقضت حكمها .

ويلاحظ ان المشرع المصري طبق هذه الفكرة تطبيقات تشريعية في حوادث معينة مثل تقرير خصم ٣٠ ٪ من اجرة الاطيان التي استؤجرت لتزرع قطناً عندما هبطت اسعار القطن هبوطاً غير منتظر بحيث يصبح من الارهاق للمستأجر الزامه

مخاطر المهنة التي توجب مسؤلية صاحب العمل لمجرد وقوع الضرر دون التفات الى شرط الخطأ . لذلك كان من الضروري ان يتدخل المشرع لسن قواعد مسؤلية صاحب العمل عن اخطار المهنة ولمنع تضارب احكام المحاكم ذلك التضارب الذي يؤدي الى تعريض العمال لمعاملات مختلفة باختلاف وجهة النظر ونظراً لهذه الاعتبارات خول هذا المشروع حق التعويض لكل عامل يصاب من حوادث العمل دون ان يكلفه باثبات خطأ صاحب العمل اومن ينوب عنه . »

ونلاحظ على هذا البيان التفسيري انه عند ذكر تناقض احكام المحاكم لم يذكر ان محكمة النقض قد رفضت اطلاقاً نظرية المسؤلية الشيئية .

ونلاحظ ثانيا ان المذكرة قالت ان مشروع القانون يعفي العامل من اثبات خطأ صاحب العمل او من ينوب عنه . والواقع ان القانون لم يكتف بهذا بل قرر الاخذ بمسؤلية مخاطر المهنة ونتيجة ذلك انه لايجيز لصاحب المصنع ان يتخلص من المسؤلية ولو اثبت انه لم يرتكب خطأ بل اكثر

بدفع نفس القيمة التي قدرت في العقد على اساس سعر مرتفع للقطن .

٨) تغيير الاسماء :

لايوجد في مصر قانون ينظم تغيير الاسماء وان كان يوجد نص على وسيلة « تصحيحها » وقد حدث ان طلب بعض الاشخاص استبدال اسماء جديدة بأسمائهم الاصيلة لمصلحة مشروعة يتوخونها فرفضت بعض المحاكم الاهلية طلباتهم على اساس ان القانون لم ينظم وسيلة لمثل هذا الامر ولكن القضاء عاد بعد هذا الى قبول هذه الطلبات عند وجود مبرر لها مع الاحتياط للاستيثاق

من ذلك انه لايتخلص من المسؤولية ولو اثبت ان الحادث كان نتيجة خطأ ارتكبه نفس العامل المصاب الا في حالة او سوء سلوك فاحش كتناول خمر او مخدر ـ فان كان خطأ العمل دون ذلك (مخالفة الاوامر الخاصة التى يصدرها رئيس العامل : او عدم استعماله وسيلة وقاية يعلم انها موضوعة لضمان سلامته) فانه يحرم من اكثر التعويض لامن جميعه فيعطي ربع المبلغ المقرر اصلا .

اما القانون العراقى فقد اسقط التعويض كله في هاتين الحالتين وفي حالتين اخريين هما تعمد العامل احداث الضرر في جسمه « وعند ما يكون وقت حصول الضرر متأثر بتأثير الخمر والمخدرات » فكان حكم القانونين واحد في هاتين الحالتين الاخيرتين

من ان تغيير الاسم لا يعود على الاخرين باي ضرر رغم عدم وجود هؤلاء في الدعوى فكان قضاؤه على هذه الصورة مزدوجاً في الاخذ بمبادىء العدالة كما يتضح من عبارات احد احكامه[1]

٩) *تغيير قواعد الرسوم :*

تقضي قواعد المرافعات المدنية والتجارية بان مصاريف الدعوى يتحملها خاسرها لانه هو المبطل في نظر القضاء فأن كان المدعي فعليه المصاريف لانه رفع دعوى اتضح بطلانها ، وان كان المدعي عليه فعليه المصاريف لانه هو الذي الجأ المدعى الى اقامتها . فأن

---

(١) « قد وضع الشارع الفرنسي قانوناً في ٣١ حزيران سنة ١١ خاصاً بتغيير الاسماء لا يوجد نظيره في القوانين المصرية ولكن على القاضي ان يحكم بمقتضى قواعد العدل في حال عدم النص القانوني طبقاً للمادة ٢٩ من لائحه ترتيب المحاكم الاهلية ..... ان قواعد العدل تقضى بان تصان حقوق الغير ايضاً كما تصان حقوق الكافة فيجب على المحكمة ان تتحقق من ان تغيير الاسم لا يراد به انتحال اسم شخص آخر للاضرار به وكذلك يجب ان تأمر بالتأشير على هامش دفتر المواليد ونشر الحكم في الصحف حتى يعترض كل من يلحقه ضرر من هذا التغيير . ولا يعترض على هذه الاحكام انها غير واردة في القانون لانها احكام توحي بها العدالة وهو حق مستمد للقاضي من الشارع الذي يخوله استقراء العدل والانصاف » (مصر كلي اهلي - ١٧ / ١٢ / ١٩٣٤ - المحاماة س ١ ع ٣)

كسب المدعي جزءاً من الدعوى وخسر جزءاً ضاع عليه من المصاريف بنسبة ماخسر واخذ من المدعى عليه بنسبةماربح

ولكن القضاء قد خالف هذه القاعدة في بعض القضايا فحكم بالزام المدعي : عليه بجميع المصروفات رغم انه لم يقض الا بجزء من طلبات المدعي اصيب احد العمال ببتر ساعده وثبت خطأ صاحب المصنع وطلب العامل تعويضاً قدره خمسماية دينار فحكمت له المحكمة بتعويض قدره مائة دينار فقط ولكنها الزمت المدعى عليه صاحب المصنع بجميع المصروفات لابما يتناسب مع المائة جنيه فقط معلنة انها «ترى الزام المدعى عليه بجميع مصاريف الدعوى لا بالمصاريف المناسبة فقط لان المدعي لم يكن مخطئاً في اعتبار المدعى عليه مسؤلا امامه عن التعويض ولكنه اخطأ التقدير وله العذر في هذا الخطأ لانه قدر لنفسه التعويض وهو تحت مؤثرات فعالة خاصة »[1]

١٠) مواعيد المعارضة

للمحكوم عليه غيابيا في دعوى مدنية حق المعارضة في الحكم (الا في احوال مستثناة) ويظل هذا الحق قائماً حتى ينقضي اربعة وعشرون ساعة على علمه بالتنفيذ وهذا التنفيذ لايجوز من

(١) استئناف القاهرة العليا - ١٠ فبراير ١٩٣٥ - المحاماة س ١٦ العدد التاسع والعاشر ص ٨٣٩ المحكمة رقم ٤٠٨

جانب المحكوم لصالحه الا بعد ان يقوم باعلان الحكم لخصمه وينقضي على ذلك الاعلان مدة معينة ومعنى هذا ان الاعلان والتنفيذ امران مختلفان غير متداخلين .

ولكن بعض الاحكام تلزم المحكوم عليه بامور ليس مرجع تنفيذها الى من صدر الحكم لمصلحته فيكون من المستحيل عليه تماما ان يقوم بعمل من اعمال التنفيذ ومعنى هذا ان يظل حق خصمه في المعارضة قائما الى الابد وهذه نتيجة محزنة وغريبة ولا يمكن ان يكون المشرع قد ارادها ، لذلك اعتبر القضاء الاهلي المصري ان اعلان مثل هذه الاحكام يكون تنفيذاً لها ويسقط حق المعارضة بمضي اربع وعشرين ساعة بعد حصوله ، فقررت محكمة الاسكندرية « ان الاحكام التي يستحيل تنفيذها بتوقيع الحجز كالتي تصدر بصحة الامضاء اوفى الخطوط او بتقديم حساب او الاحكام التي تقضي بندب خبير لمعاينة اعيان والاحالة على التحقيق للاثبات يكفي ان تكون معلنة اعلانا صحيحاً بحيث يمضي بعد الاعلان اربعة وعشرون ساعة وتكون المعارضة غير مقبولة كما ان مثل هذه الاحكام الغيابية اذا اعلنت في مدة الستة شهور اعلانا صحيحاً فلا تسقط [1] (وذلك

---

(١) ٢٠ / ٧ / ١٩٣١

لان القانون المصري يقضي بسقوط الحكم الغيابي الذي لا ينفذ في ستة اشهر) واخذت بنفس المبدأ محكمة سمالوط [١] وسارت عليه حديثاً [٢] محكمة مصر الاهلية وقد قيل في نقد هذا القضاء « انه يسد فراغا في التشريع والعذر في ارتضائه قائم وهو انه من مقتضيات الضرورة والضرورة تقدر بقدرها وهو قضاء في غاية السداد الا انه في الحق اضافة الى التشريع بما لا يتحمله نص المادتين ٣٢٩ و ٣٣٠ مرافعات اهلي و بذلك يكون من قبيل التشريع الذى لا تملكه الا السلطة التشريعية » [٣]

١١) اهمال الشرط الجزائي :

سبق ان ألممنا بموقف المحاكم الانجليزية ، بنوعيها ، ازاء الشرط الجزائى وقد كان للمحاكم المصرية الحديثة قضاء قريب من قضاء العدالة في هذا الصدد . فقد نصت المادة (١٢٣) من القانون المدني الاهلى على انه « اذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد او في القانون فلا يجوز الحكم باقل منه ولا باكثر » ولكن الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف القاهرة

---

(١) ١٩٢٥/١١/٨

(٢) ١٩٣٤/١٢/٢٢

(٣) تعليق مجلة المحاماة س ١ ع ١٢ ص ٣٧٢ و ٣٧٣

الاهلية قد رفضت الحكم بالتعويض المبين في العقد على اساس عدم وقوع ضرر مقررة ان « ايجاب التعويض بغير ضرر ملزم له استلزام بلا سبب وهذا مما ينبذه روح القانون وتأباه العدالة »

وقد اصدرت حكمها ذاك في مصلحة احد المقاولين ضد الخاصة الملكية ووزارة المالية [1]

القرارات التشريعية

التشريع هو الوسيلة الطبيعية والعادية فى العصور الحديثة لتنقيح القواعد القانونية ولكنه لم يكن كذلك في العصور الماضية وقد رأينا ان (مين) يجعل للتشريع الدور الاخير في تعديل القواعد القانونية القديمة . وسنعالج الآن بيان بعض امثلة للقرارات التشريعية المشار اليها في بعض الشرائع ثم نتولى مناقشة هذا الترتيب الذي جزم به المؤلف الانجليزي .

عند الرومان : كانت القرارات التشريعية قابلة في عهد الجمهورية وكان نشاط البروتور كبيراً فكانما كان يكمل بقضائه او

---

(١) ٢ / ١٢ / ١٩٢٦ — في الاستئناف رقم ١٣٧٦ سنة ٤١ قضائية ص ع ٦ من مجموعة احكام الدوائر المجتمعة — ويلاحظ ان احدى محاكم الاستئناف خرجت بعدذلك باعوام على هذا المبدأ — قارن المادة ١١١ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العراقي فهي تورد نصاً مشابهاً لنص المادة (١٢٣) ولذلك ينتفع في تفسير هذه المادة بالفقه والقضاء المصريين والفرنسيين فيما شابهها .

بقواعده التشريعية التي يضمنها منشوره النقص الذى تنكب المشرع عن سده فلما كان عهد الامبراطورية انقلب الامر فوقف القانون البروتوري في عهد الامبراطور هادريان او قبله على نحو ما رأينا بينما نشط التشريع نشاطا هائلا ولعل الاباطرة قد ابوا على البروتور ان ينافسهم في ميدانهم بقواعده التى يضمنها منشوراته فكانت تلك النتيجة .

ومن امثلة القوانين التي صدرت في عهد الجمهورية قانون Canuleia (٤٤٥) ق . م الذي اباح التزاوج بين العامة والاشراف وقانون Hortensia (٢٨٧ ق . م ؟) الذي وحد بين الطبقتين توحيدا نهائيا ووضع حدا للصراع بينهما فاعتبر فوق ذلك فاتحة لعظمة روما الحقيقية اذ صارت دولة موحدة لا يمزقها صراع الطبقات [١] ثم قانون Aebutia الذي عدل اجراءات الدعاوي الثقيلة وخفف من شكلياتها على نحو ما سترونه في باب الدعاوي باذن الله ، وقانون Plactoria لذي قرر عقاب من يخدع شابا مستغلا حداثة سنه ولو كان قد ادرك سن البلوغ القانوني

اما التشريعات الامبراطورية فانها تقابلنا بكثرة في دراسة

---

(١) ملفيل ص ٤٧

القانون الروماني وحسبي ان اشير هنا الى امثلة قليلة منها كالقوانين التي قصد بها معالجة مشكلة قلة النسل والاغراء بالزواج وانجاب الاولاد فقرر بعضها رفع القيود عن المرأة الحرة التي تنجب ثلاثة اولاد او المحررة التي تنجب اربعة ، والقوانين التي سنت لمصلحة الاسرة تعيد حرية ربها فحرمت الهبة للخليلة والزمت رب الاسرة بترك ربع امواله الورثة ، والقوانين التي حاربت جشع الدائنين بابطال شرط تملك الرهينة مثلا [١]

في القانون الانجليزي :

كانت القرارات التشريعية نادرة ايضا في العهد القديم للقانون الانجليزي وا كثر ما كانت تصدر لتنظيم العلاقات ، او النزاعات بين بعض السلطات او بين السلطات والفرد كالملك والاشراف او الملك والكنيسة او الملك والاشراف وافراد الشعب فهذا دستور كلارندون الصادر سنة ١١٦٦ يقيد اختصاص المحاكم الكنسية ويمنعها من الفصل في قضايا الاراضي والديون ولو كان احد الخصمين من رجال الدين لترتد الى اختصاصها الاول الضيق المحصور في المسائل الروحية وهذا دستور Magna Charta الشهير الذي صدر سنة ١٢١٥ متضمنا اقرار الملك جون بمبادي

---

(١) راجع تفصيل هذه القوانين في مذكراتنا عن القانون الروماني

تصون حرية الافراد كعدم القبض عليهم او سجنهم او نفيهم او مصادرة اموالهم الا بحكم يصدر عليهم من اندادهم Peers ووفقا لقوانين البلاد . واخيراً نشير الى Judicature Act الذي صدر سنة ١٨٧٣ موحداً وموفقاً بين قواعد العدالة وقواعد القانون العام ومغلباً للاولى عند الاختلاف على الاخري .

على ان ثمت تشريعات اخري قصدت الى معالجة غير ذلك من الشؤن ، نمثل لها بقانون الاحتكارات Statute of Monopolies الذي صدر سنة ١٦٢٣ مقرراً بطلان جميع الاحتكارات الموجودة الا ما كان قد منح او ما قد يمنح ، لاستغلال صناعة جديدة داخل المملكة بشرط ان تكون المنحة للمخترع الاول والحقيقي وان ينقضي الاحتكار بعد واحد وعشرين عاما .[1] وقانون الملاحة الذي قصد به كرمويل حماية الملاحة الانجليزية .

فى الشريعة الاسلامية

اختلطت صفة المشرع بصفة القاضي في عهد الرسول (ص)

---

(١) راجع كتاب :

The Stuent's Legal History

تأليف R . S . Deans — ط ع ص ٨٥

وانظر نفس المرجع فى غير ذلك من موضوعات تاريخ القانون الانجليزي .

وابي بكر (ر) والعهد الاول من خلافة عمر (ر)[1]. فالسنة الشريفة تشريع يفسر ويفصل المبادىء الاساسية الواردة في القرآن الكريم بل يضيف اليها احيانا كما كان في توريث الجدة وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها او خالتها قياساً على ما ورد في القرآن الكريم من تحريم الجمع بين الاختين، وتحريمه من الرضاع كل من تحرم من النسب في حين ان القرآن لم يذكر عند التحريم الا الامهات من الرضاعة والاخوات من الرضاعة .

كذلك نلاحظ نفس الملاحظة في قضاء الخليفة عمر (ر) فان منعه الصدقات عن المؤلفة قلوبهم ، وفصله في المسألة المشتركة ، وايقاعه طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات ، وقتله الكثير بالواحد ، وتقريره حداً معيناً لشارب الخمر ، وعفوه عن سرقة الغلمة الجائعين وتغريمه سيدهم ضعفي المسروق وتوزيعه السدس بين الجدتين الخ كل ذلك كان قضاء في مسائل معينة بذواتها ولكنه قد يعتبر في الوقت نفسه تشريعاً يسار على غراره بل قد استؤنس به فعلا .

---

(١) اقرأ بحثاً للاستاذ عبد الوهاب خلاف عن « السلطات الثلاث في الاسلام » في مجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس من السنة الخامسة ، والعدد الرابع من السنة السادسة .

نقدنا لترتيب ميين :

رأينا ان ميين يقرر ترتيباً تاريخياً تنازليا لوسائل التطور الثلاث على هذا النحو : حيلة فعدالة فتشريع .

ولكننا اذا راجعنا بعض الامثلة المتقدمة رأينا ان هذا الترتيب لا يضطرد حتما فالبروتور الذى يمارس العدالة قد لجأ الى الحيلة ليحقق غرضه فافترض ان الاجنبي وطني ، وافترض ان مدة التقادم قد اكتملت في الدعوى المسماة Publiciana وكان افتراضه حيلة وتصوراً على خلاف الواقع اي ان الحيلة في هذين المثلين قد عاصرت العدالة .

ونرى من جهة اخرى ان التشريع قد اقتحم على العدالة دورها في عهد الجمهورية وان العدالة عادت تمدل في التشريع وتنشط بعده لا قبله فقط ، فهذا قانون Plaetoria الذي اريد به حماية الشباب من ان تستغل حداثة سنه لتضييع حقوقه ، لم يكتف البروتور بما تضمنه من احكام لان القانون اشترط وقوع خداع او غش في حين أن مجرد حداثة السن تستحق الحماية لان الحدث قد يخدع من غير ان يصدر غش ايجابي من ناحية المتعامل معه الذي يقنع باستغلال قلة تجاربه ، فقرر البروتور ان لمن دون الخامسة والعشرين الحق في ابطال المعاملة التي شابها الغبن ولو

خلصت من الخداع .

وفي القانون الانجليزي تقابلنا تشريعات سابقة على دور العدالة ، ثم نرى العدالة لا تكف عن العمل بعد سيادة التشريع فقد صدر قانون الاقراض سنة ١٩٠٠ محرماً الحكم بمبلغ أقرضه مقرض محترف بغير ان يكون اسمه مسجلا في سجل المقرضين. وقد عرضت على المحكمة قضية من هذا النوع فرفضتها اقراراً لحكم القانون ، ولكنها رفضت ايضاً ان تقضي للمقترض باسترداد سندات كان اودعها عند المقرضين تأميناً للدين . وواضح ان المحكمة في الشطر الثاني من حكمها قد اعملت قواعد العدالة ، ولو انها طبقت القانون بحرفه لقضى المنطق الجامد بان تجيب طلب استرداد السندات ما دام ان القانون قد تجهم لذلك القرض ورفض الاعتراف به. ومن جهة اخرى نرى ان (بولوك) في تعقيبه على كتاب (مين) نفسه قد لاحظ ان بعض الافتراضات القانونية ما زالت قائمة ومعمولا بها في القانون الانجليزي .

اما في الشريعة الاسلامية فالنقد اوضح : فالحيلة قد تلت دوري العدالة والتشريع في احايين كثيرة والتقت الحيلة بالعدالة في احايين اخرى فابو حنيفة زعيم مدرسة الراي قد اثرت عنه

حيل كثيرة .[١] وبعض الحيل الفاسدة انما ظهر وترعرع في عهد تحلل متأخر ثم ان بعض الافتراضات القانونية ما زال معمولا به. هـذا من جهة ، ومن جهـة اخرى نرى ان العدالة قـد ظهرت مصاحبة لقواعـد الشريعـة منـذ مطلعها الاول في الـكتاب

---

(١) راجع ما تقدم في باب الحيل الشرعية (لزوم الوقف) وانظر امثلة اخرى من الحيل المنسوبة الى ابي حنيفة في مقارنة المجلة بالقانون المدنى لاستاذنا الدكتور السنهوري ص ٣٥ وفي ضحى الاسلام ج ٢ ص ١٩١ و ١٩٢ — وقد استخلص الاستاذ احمد امين من مجموعها « ان الحيل التي افتى بها ابو حنيفة ليست من نوع التحايل على ابطال الحق او اكل الاموال بالباطل ونحو ذلك ، انمـا هي استخراج فقهي للخروج من مأزق مع عـدم التعدي على احد في ماله ونفسه . » ومن امثلتها الظريفة : « يحلف رجل وقد رأى امرأته على السلم فيقول انت طالق ثلاثا ان صعدت وطالق ثلاثا ان نزلت فيفتيه ابو حنيفة ان تقف المرأة على السلم ولا تصعد ولا تنزل فيحتال جماعة يحملون السلم بالمرأة فيضعونها على الارض » ولسنا ندري ماذا كان يصنع لو كان السلم مثبتاً ! « ويسأل رجل فيقول : لى ولد وليس لى غيره فان زوجته طلق وان سريته اعتق وقد اعجزت عن هـذا فهل لى من حيلة ؟ فقـال له ابو حنيفة : اشتر الجاريـة — التي يرضاها هو — لنفسك ثم زوجهـا منه فان طـلق رجعت مملوكتك اليك ، وان اعتق اعتق مالا يملك . »

والسنة ، فلما اخذ الخلفاء يجتهدون آراءهم كان اجتهادهم قضاء وتشريعا وعدلا فامتزجت العدالة بالتشريع على النحو الذي بينا .

ومن هذا كله نرى ان الترتيب الذي اعتمده (مين) والذي تابعه فيه غيره من الباحثين يحسن الا يؤخذ مأخذ الجزم وانه يحتمل ، او يستوجب ، المراجعة .

تاريخ القانون الرومانى

تاريخ القانون الروماني ، تاريخ طويل حافل ، فقد عبر فى تطوره وسيره منذ انشاء روما في القرن الثامن قبل الميلاد الى سقوط الامبراطورية الشرقية في القرن الخامس عشر بعدالميلاد قرونا كثيرة وخضع لمؤثرات مختلفة . واذا كان يقال عادة ان تطوره قد اكتمل وتركز في مجاميع جستنيان في القرن السادس الميلادي ، فان هذا لاينفي الحقيقة الثابتةوهي انالقانون الروماني قدتأثر في الامبراطورية الغربية بمؤثرات الفتحالقوطي وانه قد تأثر فيما بعد في الامبراطورية الشرقية بمؤثرات اغريقية فكان القانون الروماني البربري Romano Bar barian Law والقانونالروماني الاغريقي او البيزنطي Jraeco-Roman Law

ولطول تلك القرون ، وتعدد المؤثرات ، لم يكن غريبا ان

يختلف الكتاب عند تقسيمهم مراحل تاريخ القانون الروماني فاعتمد كل منهم تقسيما تعسفياً لاعتبارات تقوم في خاطره فجيرار Jirard مثلا يضع تقسيما رباعياً :

« ا » العصر الملكي (٧٥٣ ق . م — ٥٠٩ ق . م)

« ب » عصر الجمهورية (٥٠٩ ق . م — ٢٧ ق . م)

« ج » عصر الامارة Pincipat او الماهلية الدستورية (٢٧ ق . م — ٢٨٤ ق . م)

« د » عصر العاهلية المطلقة (٢٨٤ ب . م — ٥٦٥ ب . م)

بينما يأخذ ملفيل Melvill بتقسيم رباعي آخر :

« ا » من انشاء روما الى اعلان قانون الالواح الاثني عشر (٧٥٣ ق . م — ٤٤٩ ق . م)

« ب » من قانون الالواح الى نهاية الجمهورية (٤٤٩ ق . م — ٣١ ق . م)

« ج » من تأسيس الامبراطورية في عهد اغسطس الى نهاية حكم الامبراطور جستنيان (٣١ ق . م — ٥٦٥ ب . م)

« د » تاريخ القانون الروماني في اوربا التالى لسقوط الامبراطورية الغربية ثم الشرقية . ثم يعود المؤلف بعد هذا

فيجعل كلا من المرحلتين الوسطيين قسمين و نقطه التقسيم في المرحلة الثانية اخضاع روما لايطاليا الوسطى والجنوبية حوالى منتصف القرن الثالث قبل الميلاد ، وفي المرحلة الثالثة تولى دقلديانوس عرش الامبراطورية سنة ٢٨٤ ب . م فما قبله عهد الامبراطورية العليا ، وما ابتدأه عهد الامبراطورية السفلى . وسنعتمد هذا التقسيم في هذه المذكرات .

العهد الاول

تغطي المرحلة الاولى ، او العهد الاول وفق التقسيم المختار ، العصر الملكي كله وجزء من العصر الجمهوري يناهز الستين عاماً وانما حددت باعلان قانون الالواح لانه اول مجهود روماني لتدوين القاعدة القانونية العرفية ولان هذه الالواح قد نقلت الرومان من عهد القانون الالهي الى القانون الوضعي ، من الـ Fas الى الـ Jus ، ثم لانها انتزعت من قساوسة الاشراف هذا السر الذي احتكروه وتوارثوه شفاها : فالقاعدة القانونية علمها عندهم وحدهم ، وصيغ الدعاوي والفاظها التي لا بد منها احتكار لهم ، بل الاحاطة بالايام التي يصح فيها العمل القانوني

والايام التي لا يصبح فيها وقف عليهم .

ثارت طبقة الشعب Plebe [1] على هذا الوضع وطلبت تحديد القواعد القانونية واعلانها ليعرف كل ماله وما عليه ولتتخلص

---

(١) لا يعرف شيء على وجه التحديد والجزم عن منشأ التفرقة بين طبقتي العامة والاشراف Patriciens ولكن الاستاذ فنسنزو ارانجيو روبز برى في دروس القاها على طلبة قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بالجامعة المصرية ان الارض التي اقيمت روما عليها (وتاريخ انشائها ٧٥٣ أو ٧٥٤ ق . م) كان يسكنها منذ القرن العاشر قبل الميلاد على الاقل اقوام من اللاتين ثم غزاهم من الشمال الاترسكيون Etrusques وهم بعض سكان شبه الجزيرة الايطالية الذين كانوا يعتبرون منذ القرن العاشر قبل الميلاد اكثر سكانها تمدنا (ولم يهتد الباحثون بعد الى تعيين اصلهم اونظمهم لعدم استطاعتهم فهم لغة نقوشهم) . وكان زحف الاترسكيين او غزوتهم حوالى ذلك العام الذى يعتبر تاريخا لانشاء روما وقد اكتفى الغزاة باخضاع السكان الاصليين فلم يطردوهم فكان الخاضعون طبقة العامة وكان الفاتحون طبقة الاشراف التي استأثرت من دون اولئك ببعض المزايا فكان استئثارها سبباً لصراع قرون بين الفريقين لم ينته تماما الا عام ٢٨٧ ق . م حين صدر تشريع Hortensia مقرراً سريان القوانين التي تصدرها جمعية العامة على الطبقتين جميعاً ومع ذلك فقد تجدد النزاع في اواخر الجمهورية بسبب قانون توزيع الاراضي كما سترى .

من استغلال كهنة الاشراف هـذا الاحتكار ضـدها واقترحت تأليف لجنـة لتعد ثبتاً يعـين مسائل القانون تعييناً واضحاً فقاوم الاشراف هذا الاقتراح مقاومة شديدة ورفض مجلس الشيوخ اقراره فاستمر نضال العامة اعواماً ظفرت بعدها بتحقيق بغيتها فالفت لجنة الرجال العشرة سنة ٤٥١ ق . م وعهد اليها بوضع القانون فوضعته في اثنى عشر لوحا من البرونز نشر منها عشرة سنة ٤٥٠ ق . م واثنان سنة ٤٤٩ ق . م . ولان شكوى العامة كانت مبنية على عدم تحديد القواعد القانونية وما في بعضها من ارهاق ذهب بعض المؤلفين الى ان الالواح لم تتضمن القواعد التي لم يثر حولها اى خلاف او ريبة ولم يوجه ضدها انتقاد او شكوى فظلت جزء من القانون غير مكتوب ولكنه معتبر ومعمول به الى جانب قواعد الالواح .[1]

---

(١) يقرر الاستاذ (ملفيل) انه اصبح من الثابت تقريبا ان القسم الاعظم من قواعد قانون الالواح يرجع الى اصل روماني وان العنصر الاجنبي فيها تافه الكمية ، وينفي ماذهب اليه بعض المؤرخين قبل حين عزوا قانون الالواح الى مصادر اجنبية وقالوا بايفاد بعثة الى اليونان لجمع اصوله (ص ٩ وقد اشار فى الحاشية رقم ٥ الى المؤلفين موبل ومير هد وفويت وكوك)

وانا لنرى من الملائم ، ان نقدم لعرض هذه المراحل ، بموجز لتاريخ الرومان منظوراً اليه من جهة الانظمة التي تداولتهم .

عهد الملكية : خضعت روما منذ انشائها الى سنة ٥٠٩ او ٥١٠ للنظام الملكي تولى العرش خلاله سبعة ملوك اربعتهم الاولون من اللاتين وبقيتهم من الاترسكيين الفاتحين ، وليس يعرف

= راجع ماتقدم اقتباسه عن (ريفيو) الذي صرح بانما في قانون الالواح من قواعد قانونية بمعنى الكلمة يعود الى اصل مصري ، وما ذكر عن (شيرمان) وقارن ما قاله الاستاذ على بدوي (مذكرات في التاريخ العام للقانون سنة ١٩٢٩ ص ٤٣) :

« ومن المجمع عليه ان القانون الروماني القديم استمد كثيراً من من مبادئه من القواعد اليونانية التي كانت مهذبة من زمن سابق ، وان لجنة العشرة التي وضعت قانون الالواح الاثنى عشر استعانت في اداء مهمتها بالقوانين اليونانية وان لم يكن من اثينا ذاتها فمن الاقاليم اليونانية في جنوب ايطاليا في ذلك العهد » .

— راجع قانون حمورابي ووازن بين بعض احكامه (مثل المادة ١٦٧ الخاصة بالدوطة) واحكام القانون الروماني (انظر ترجمة كاملة لمواد قانون حمورابي نشرناها فى العدد الخامس من السنة الثانية لمجلة القضاء العراقية) — وانظر الى ماورد في كتاب الدكتور محمد بك صادق فهمي (شرح القانون المدني) بياناً لبعض الاحكام القانونية الفرعونية في مجموعتي بوخورس وامازيس ووازن بعض هذه الاحكام مثل الصنك وما يشابهها من القواعد الرومانية مثل العقد الشفوي (ص ١٢٤)

شيء على سبيل اليقين عن عهد الملوك اللاتينين اما خلفاؤهم فلم يأخذوا بالملكية المطلقة وانما كان نظام المدينة في عهدهم شبيهاً بنظام المدن اليونانية ففيها مجلس شيوخ يتألف من نخبة الاترسك ، وفيها جمعية للشعب وقد قيل ان هذه الجمعية هي التي كانت تنتخب الملك ولكن بعض العلماء لايجد سنداً لاثبات هذا الزعم اونفيه .

وقد انقلب نظام الحكم في مطلع القرن السادس قبل الميلاد وعزى هذا الانقلاب الى ثورة نشبت عام ٥١٠ ق . م اسفرت عن طرد الملك ولكن هذه الثورة لم تثبت تاريخياً فعزا بعض الباحثين تغيير نظام الحكم الى تطور طبيعي مشابه للتطور الذي شهدته المدن اليونانية القديمة حين ضعفت شوكة الملوك فتقلص سلطانهم حتى اصبح محصوراً في شئون الدين مستدلين بان الرومان في عهد الجمهورية قد عرفوا وظيفة تسمى وظيفة Rex Sacrerum اي « ملك » التقاديس مرجحين ان يكون مُلك التقاديس هذا هو ماتبقى للملوك من سلطان الملك السابق .

عهد الجمهورية : ولكن الى من انتقل الحكم بعد زوال النظام الملكي ؟ يقرر الاستاذ روبز ان المؤرخين ذهبوا الى ان النظام

القنصلي خلف النظام الملكي مباشرة فكانت جمعية الشعب تنتخب كل عام قنصلين لادارة شئون الحرب والسلم يكون لكل منهما نفس السلطة المخولة لزميله وان نظام القنصلية وقف العمل به موقتاً حين تولت لجنة الرجال العشر السلطة لتتمكن من تحضير قانون الالواح ثم اسقط اعضاؤها ولكن نظام القنصلية تعطل مرة ثانية نحو ثمانين عاماً بسبب الصراع بين الطبقتين : الشعب والاشراف، فقام بالامر خلال ذلك رؤساء فرق الجيش حتى تصالح الطرفان على ان يكون احد القنصلين من الشعب ، وما كان هذا ليمنع نزع السلطة منهما ووضعها في يد « دكتاتور » مطلق يعين لمدة ستة اشهر وقت الازمات السياسية او الحربية .

وبعد ان يلخص الاستاذ روبز رأى المؤرخين على النحو المتقدم يأخذ في تفنيده ويرجح ان نظام الدكتاتورية هو الذي خلف الملكية لا نظام القنصلين مستنداً الى ادلة منها ان الجيش الروماني كان يتألف في القرن الخامس قبل الميلاد من فرقة واحدة ، وهذه الوحدة يناسبها نظام الحاكم الفرد لا نظام القنصلين ، وهذا الدكتاتور كان ينتخبه الجيش ليتولى قيادته

ويتجدد الانتخاب لكل غزوة ومدة الغزوة ما كانت لتتجاوز نصف العام في مثل تلك العهود ومن هنا كان تحديد مدة الدكتاتورية مدة ستة اشهر . ويستمر الاستاذ في عرض رأيه فيقول ان نفحة من نفحات الديمقراطية هبت في القرن الخامس قبل الميلاد على الرومان فجعلتهم ينقلون سلطان الدكتاتور الفذ الي رؤساء فصائل الجيش Tribuns Militaises وكان عددهم اول الامر ثلاثة ثم صار ستة . ولما ادخل على الجيش اصلاح بجعله مكونا من فرقتين رئيستين اقاموا لكل فرقة رئيساً كان يسمى Praetore اي الاول او المقدم كما كان يسمى قاضياً Judexe نظراً لتوليه سلطة القضاء في الوقت نفسه و Cousul نظراً لانهما كانا يتشاوران قبل اصدار القرارات ثم رؤي ان يستقل ثالث بالقضاء لان الجمع بينه وبين رياسة الجيش متعذر فاصبح القناصل ثلاثة واصبح والي القضاء فيهم يسمى البروتور Preteur Urbain ثم استحدثت وظيفة بروتور الاجانب حوالى منتصف القرن الثالث قبل الميلاد Preteur Peregrin .

هذا الى وظائف اخرى مثل وظيفة المحصى Censeur ووظيفة المحتسب Aediles الذي كان يضطلع بمراقبة الشئون

الصحية والالعاب العامة والاحتياط ضد الحريق والاشراف على معاملات الاسـواق الخ وكل هـؤلاء يسمون Magistrats وكانت جمعية الشعب هي التي تتولى انتخابهم ولم يكن من الجائز اول الامر ان يتولى مناصبهم افراد العامة ولـكن هذا الاحتكار زال زوالا تاما تحت تأثير المقاومة القوية من طبقة العوام . (انظر ما سيجيء خاصاً بتريبون الشعب — الحاشية القادمة)

وكان لجمعية الشعب فوق هـذه الوظيفة الانتخابية ، وظيفة اخرى تشريعية فهي التي تقر او ترفض لوائح القانون المعروضة عليها من القناصل ولم يكن لها حق اقتراح القوانين Droit d'initiative ولا حق لها في تعديل المشروعات المعروضة بل كل ما لها ان تقبلها كما هي او ترفضها .

وكان اهم تلك الجمعيات العامة من حيث التشريع الـ Comitia Centuriata التي تجمع بين الرومان بطبقتيهم والـ Concilium Plebis وهي جمعيـة طبقـة العـامة فقـط ثم انتقلت الاهميـة التشريعية مـن الهيئة الاولى الى جمعية اخرى تؤلف بين الرومان جميعاً اسمها Comitia Tributa وكان لا بد من مصادقة مجلس الشيوخ على قراراتها حتى تكسب قوة القانون الملزم ولـكن هذه المصادقة اصبحت منذ عام ٣٣٩ ق . م مجرد اجراء

شكلي حتى لقد كانت تحصل مقدماً قبل اتخاذ القرار

اما الـ C . bledis فقد كانت جمعية قاصرة على طبقة العامة وكانت قراراتها المسماة Plebiscita لا تسري على طبقة الاشراف لانهم لم يساهموا في اصدارها ثم تقرر (٤٤٩ ق . م) — وهو تاريخ قانون الالواح الذي كان نتيجة لتذمر طبقة العامة كما رأينا — ان تسري على الاشراف سريانها على الشعب بشرط مصادقة مجلس الشيوخ وجمعية الـ Centuriata التي تجمع بين الطبقتين ، ثم كانت خطوة اخرى (٣٣٩ ق . م) فاستغني عن مصادقة هذه الجمعية ، ثم خطوة ثالثة (قانون هورتنسيا ٢٨٧ ق . م) فاستغني عن مصادقة الشيوخ وصارت قرارات مجلس العامة قانوناً عاماً ملزماً للرومان بغير توقف على مصادقة هيئة اخرى . [1] ومع ذلك فان هذه الطبقة لم تهدأ ثائرتها وسري

---

(١) ملفيل ص ٢٠ — ٢٣ وكان مجلس طبقة الشعب يجتمع بدعوة من (تربيون الشعب) وقد كان اول امره احد زعماء تنتخبهم تلك الطائفة في اجتماعاتها لترؤسها قبل ان يعترف بحقوقها فهم اللجنة التنفيذية للجماعة ثورية جعلت نفسها دولة داخل الدولة ولم يكن يعترف بهم بداهة بادئ الرأي ولكن انتصار طبقة العامة وتصالحها مع طبقة الاشراف جعل مركزهم شرعياً فكان التربيون احد (ماجسترا) الدولة

نزاعا جديداً ينشب بينها وبين النبلاء وعهد ، بين عوامل اخرى، لتغيير نظام الحكم .

اما مجلس الشيوخ فقد كان في العهد الملكي « مجلساً للملك» وفي العهد الجمهوري الاول « مجلساً للماجسترا » اي ان رأيه كان استشارياً بحتاً لا يمنع رؤساء الدولة من العمل على خلافه ولذلك سميت قراراته Senatus – Consulta ، وكان مغلقاً في وجه طبقة العامة فلما ابيحت لهم وظائف الـ Mrgistrat ابيحت لهم كراسي الشيوخ بحكم القانون بعد اذ صارت عضوية الشيوخ حقاً لكل من سبق توليه احدى تلك الوظائف

وقد تقوى مركز المجلس في العهد الثاني من الجمهورية كنتيجة طبيعية لاتساع الدولة ذلك انه كان بحكم كفاية اعضائه وطول زمان العضوية [1] اسلم من جمعية الشعب تقديراً للظروف الخطيرة

وبعد ان كان همه رعاية مصلحة طبقته صار موكلا برعاية الدستور ضد سوء استعمال السلطة حتي لقد استعانه مجلس الشيوخ لصد طغيان بعض القناصل (مذكرات روبز) ـ راجع ما سيجيء خاصاً بنظام اغسطس فقد اقام نفسه (تريبونا) له حق الاعتراض على اي قرار يصدره اي (ماجسترا) وقارن السلطتين .

(١) لم يكن الاعضاء يتغيرون الا تغيراً جزئياً : كل عام نحو ثلاثين

واسد حكماً فيما يجب ان يكون من نحو اعلان حرب وما اشبه ذلك ، كما كان اقدر من القناصل المحدودي المدة على ترتيب سياسة عامة ثابتة تقدر وتنفذ باناة واطراد ، فصار القناصل لا يعلنون الحرب قبل اخذ رأيه ، وصار يستقبل السفراء الاجانب ويجيب على عروض الدول الاجنبية ويعين المبالغ التي تنفق لافواد الجيوش خلال الحروب ويرسل مبعوثين الى ميادينها لمراقبة العمليات العسكرية ، وصار له ان يقرر امتداد خدمة قنصل لعام آخر فيعطل بهذا قرار جمعية الشعب التي انتخبت قنصلا جديداً [١]

ويلاحظ ان هذه السلطات الخطيرة الواسعة الصق بالسياسة العامة للدولة منها بالتشريع ، فان قراراته Senatus - onsulta لم تحز قوة القانون الا في عهد الامبراطورية الاول [٢] حتى اذا كان عهد دقلديانوس وتركزت سلطات الدولة في شخصه زالت سلطة المجلس التشريعية بل زال وجوده كمجلس شيوخ وتدهور الى شيء اشبه بمجلس بلدي .

---

(١) مذكرات الاستاذ رويز السابق الاشارة اليها

(٢) ملفيل ص ٢٠ و ٢٣

العهد الامبراطوري : لم يكن تصالح الطبقتين كافياً لتخليص الرومان من الازمات السياسية فانهم اخذوا يحسون بازمات شديدة في نظمهم بعد ان خرجوا من اخطر حروبهم سادة للبحر الابيض المتوسط حوالى منتصف القرن الثاني قبل الميلاد واتخذت الازمة صبغة اقتصادية فان النبلاء تملكوا اكثر الاراضي واستخدموا الرقيق الذي جلبوه من الخارج في استغلالها فزاحم افراد الشعب حتى على هذه الوسيلة المهينة للعيش : خدمة النبلاء . واتاحت التجارة لاقلية من التجار فرصة تكديس الثروة ، فزادهذا سائر الشعب شعوراً بالغبن واحساساً بفوارق الطبقات وظهر هذا الاحساس ظهوراً عملياً عندما اقترح تيبير (تريبون الشعب) نزع الاراضي العامة التي وضع النبلاء ايديهم عليها بغير حق وتوزيعها بين الفقراء مع تحريم التصرف فيها عليهم واقرت جمعية العامة هذا القانون بعد ان حاول بعض زعمائهم الذين سخرهم النبلاء والشيوخ معارضة الاقتراح ففشلوا ولكن هذه المعارضة لم تمض من غير احداث فتن داخلية قتل فيها (تيبير) ثم من خلفه على دعوته (كايوس جراشوس) . فكان الجو مهيئاً لرجل قدير طموح يستولي على

السلطان ، فلما وجد اكثر من رجل من هذا القبيل كان النزاع الحار بين رؤساء الجيش الذين اصبح جنودهم يقدسونهم اكثر مما يقدسون الجمهورية فاستهان اولئك القاده بالقوانين واستطاع (ماريوس) الذي صد غارة الغاليين ان يكون قنصلا سبع مرات رغم تحريم القانون واستطاع (سيلا) ، وقد عاد من انتصاره على ملك بونت ان يدخل روما ويقيم فيها دكتاتورية فعلية مدى عامين ، ثم اراد ان يحتاط لمنع غيره من ان يفعل فعله فعدل الدستور وجعله بحيث يمنع رئيساً واحداً من الجمع بين السلطة في الجيش والسلطة على المدينة وبحيث يوجب تسريح الجيوش بعد انتهاء الحرب قبل دخولها روما . وجاء دور (بومبي) و (يوليوس قيصر) اللذين تبينا تماماً ان هيئات الدولة الدستورية لم تعد الا آلات وصوراً وان القوة الفعلية للجيش ولكنهما اختلفا فيما بينهما وشهر الاول في وجه الثاني تشريع (سيلا) لمنعه من دخول روما بجيشه المنتصر فنشبت الحرب الاهلية وقتل بومبي ، ثم تآمر انصار الجمهورية بزعامة بروتس وقتلوا قيصر قبل ان يقلب نظام الدولة ولكنهم لم يقتلوا الفكرة التي تمثلت في شخصه . وعهد بالسلطان الى ثلاثة هم مارك انطوان

واوكتافيوس وليبدوس ليثأروا لقيصر وليعيدوا النظام وقد ثأروا
من المتآمرين وصرعوهم في (فلبي) ثم اختلف مارك انطوان
مع اوكتافيوس وكانت بينهما موقعة اكتيوم سنة ٣١ ق ٠ م
التي انهزم فيها الاول فدخل اوكتافيوس روما دخول المنتصر
وكان ذلك بدء عهد جديد هو عهد الامبراطورية او عهد الامارة
Principat . ولقد حرص اوكتافيوس او « اغسطس » كما سماه
مجلس الشيوخ ، على الاحتفاظ بجميع انظمة ومظاهر العهد
الجمهوري فالجمعيات الشعبية تدعى للاجتماع ويعرض اوغسطس
بعض القوانين عليها ، والماجسترا قائمون ومجلس الشيوخ
يعمل بل يتمتع بسلطة تشريعية لم تكن له في العهد الجمهوري .
ولكن وراء هذا كله شخصية رجل واحد هو الاول ، هو
الامير Princeps واذا كان قد تسمى باسم (الامبراطور)
فقد كان هذا اللفظ معروفاً في العهد الجمهوري نفسه يطلق على
القائد المظفر . استبقى اوغسطس انظمة الجمهورية واشكالها كما
رأينا ولكنه استحدث اموراً جديدة توطد له السلطان وتجعل
الزمام الاخير للدولة في يده وعمد الى نظام (التريبونية)

المعروف في الجمهورية فاستبقى سلطانه لنفسه ولكنه لم يجعل نفسه تريبونا لطبقة الشعب خاصة وانما صاحب حق اعتراض Veto على كل قرار يصدر من اي (ماجسترا) ، وحق اشراف على اعمال حكام الاقاليم ، ونظر بنفسه ، او عهد الى غيره بنظر ، بعض قضايا مع استبقاء سلطة توجيه القضاء على وجه العموم للبرتور ، وجرد الـ Edile من ولاية الاشراف على الملاعب العامة لانها بطبيعتها تجعل متوليها قريبا من نفوس الجماهير . واهم من ذلك انه جعل الى جانب (ماجسترا) الجمهورية — اي اولئك الموظفين الكبار المنتخبين وفقا لنفس النظام الذى كان متبعاً في العهد الجمهوري — موظفين آخرين كباراً ينتسبون اليه هو ويقللون اختصاص اولئك شيئا فشيئاً . [١]

وقد نجح اوغسطس وشعر الناس ، لا بأن نظمهم الجمهورية ما زالت قائمة فقط ، بل بالسلام والرخاء المادي ايضاً ورأوا ان تدخل الامبراطور واشرافه على حكام الاقاليم خاصة قد

---

(١) بالنسبة لولاية القضاء لا يظن انه استحدث بروتورية جديدة ولكنه وصل الى نفس الغرض عن طريق نظره شخصياً او بوساطة من ينتدبهم بعض القضايا اما بهيئة استثنائية واما بهيئة اصلية (راجع ما تقدم في المتن)

حال بين هؤلاء وبين ما درجوا عليه في العهد السابق من الاستغلال المرهق للشعب ، وتوسع اوغسطس في منح حق الوطنية الرومانية فقرب بين العاصمة وولاياتها التي كانت تحس بالمرارة من موقفها الشاذ : فلا هي مستقلة ولا هي رومانية لاهلها حقوق الرومان .

ولا شك ان نظام الامارة هذا قد يظهر لنا منطويا على بعض التناقض والغرابة ، وفي هذا يقول الاستاذ رويز ان من خواص العقلية الرومانية فى التجديد والتعديل ان تترك القديم على قدمه بغير الغاء صريح ولكنها تستحدث الى جانبه ما يروقها من النظم الجديدة : كان هذا شأنهم فى القانون الخاص الذي ظلت قواعده العتيقة قائمة حتى القرن الثالث بعد الميلاد مع العمل بقواعد غيرها توافق التطور وتبرأ من عيوب الاولى ، وكان هذا شأن اوغسطس في نظامه المبتكر .[1]

ولما مات اوغسطس تقدم مجلس الشيوخ الى متبناه (تيبير) في ان يخلفه ويكون له نفس سطوته رغم ان اوغسطس لم يفعل شيئاً في هذا الشان بل ترك نظمهم الجمهورية قائمة كما هي ولم

---

(١) المحاضرات السابق تنويهها .

يستحدث نظام توارث السلطة . وقد قبل (تيبير) بعد تردد كثير وظـل الامر ينتقل من امبراطور الى امبراطور بدعوة من مجلس الشيوخ او بارادة من الجيش فان حدث تنـازع فالامر لمن غلب .

الامبراطورية السفلى

اخذت النظم الجمهورية تتزعزع حتى في اشكالها وتلقت ضربة صريحة في عهد (سبتيم الشديد) واسرته (١٩٣ — ٢٣٥) ب . م فانتزع من مجلس الشيوخ سلطة التشريع التي تمتع بها في عهد الامارة او الامـبراطورية الاولى . وقويت ادعاءات الجيوش وازداد تمسكها بحقها في تعيين الامبراطور واختلفت فيما بينها فلجيش الدانوب مرشح ولجيش الراين آخر ولجيش الشرق ثالث ، فكانت الحروب الاهلية وكان اشتداد الازمة الاقتصادية ، ثم استقر الامر لدكتاتور اقامه جيش الدانوب هو « دقلديانوس » فقلب الامر قلباً صريحاً وخطا الخطوة التي تنكب عنها اوغسطس فسفر بنظامه الجـديد نظام الملـكية او الامبراطورية المطلقة

شكلا وفعلا تتمثل الدولة في شخص حاكم فرد هو الامبراطور وتولى سلطان (الماجسترا) موظفون يعينهم ويعملون باسمه بغير استقلال ، حتى وظيفة البروتور القضائية تقلصت فاصبحت قاصرة على روما ، اما فيما جاوزها فامر القضاء الى موظف كان في الاصل رئيس الحرس الامبراطوري ، يمثل الامبراطور ويقضي باسمه (١) وكان يحتجز عن شعبه فان خرج اليه في مناسبات قليلة فبين مراسيم وتقاليد وحاشية فهو ليس ملكا فحسب ولكنه الى ذلك رب ، وفي ذلك العهد الوثني لاتنبو فكرة الملك الاله عن نفوس الناس . ويظهر ان دقلدديانوس تأثر بالانظمة والعقائد الفرعونية لا في مسلكه ازاء شعبه فقط ولكن في تقرير نظام الدولة الاقتصادي ايضاً فقد اقام نظام اشتراكية الدولة فجاء شبيهاً بالنظام الفرعوني الذي شهدته مصر في عهد امبراطوريتها الوسطى فتدخل في نشاط الافراد واخضعه لرقابته واحكامه وقرر نظام توارث الحرف فابن الخباز يجبر على ان يكون خبازاً حتى تضمن الدولة العدد الكافي من صانعي الخبز وحدد اسعاراً رسمية لكل شيء حتى اتعاب المحامين والاطباء

(١) رويز ـ مذكرات . ـ انظر في ذلك ملفيل ص ١١ و ١٢ وما اقتبسه عن Sohm و Gibbon في هذا الصدد .

واجور العمال . واصبحت الثروة نكبة على اصحابها ذلك ان دقلديانوس قد هجر نظام اشتراكية الدولة في نقطة واحدة فارتد الى نظام اللزمة في تحصيل الضرائب بعد ان اخذ (اوغسطس) بنظام التحصيل المباشر ، على أن التمعن يظهر لنا ان دقلديانوس انما لجأ الى تلك الخطة سعياً وراء مصلحة الدولة لا مصلحة الملتزمين فجعل جباية الاموال العامة وظيفة مجانية تفرض عند اللزوم على الاغنياء فرضاً فانلم يجبوا من المموليين الكمية المطلوبة الزموا بتكملة النقص من مالهم الى بلدة اخرى الا أن يقيم ولده مقامه ويزوده بالمال الكافي [١] وذاع نظام رقيق الارض الذي يربط الانسان الى أرض معينة لا يغادرها [٢] .

ومن التعديلات السياسية الهامة التي احدثها دقلديانوس انه قرر نظام الامبراطورين فاستبقى لنفسه حكم الامبراطورية الشرقية وولى ماكسمليان حكم الامبراطورية الغربية وأراد أن

---

(١) راجع مذكراتنا في القانون الروماني (ص ٤٧)

(٢) يرى الاستاذ رويز ان هذا النظام نتيجة لتطور طويل وان اصله الاول يعود الى نظام اللزمة الاجبارية للاراضي العامة — راجع مذكراتنا في القانون الروماني ص ٢١—٢٥

يجنب الدولة ما تتعرض له بسبب وجود العرش شاغراً عند وفاة الامبراطور فقرر أن يختار كل من الامبراطورين «قيصراً» يخلفه لا عند الوفاة وانما بعد بلوغ الامبراطور سناً معينة يعتزل الحكم بحلولها وقد اختار « قنصله » ولكن خلفاءه لم يأخذوا أنفسهم بهذا النظام فعادت الفوضى من جديد وقامت حرب أهلية أشد هولا مما سبقها انتهت بتقلد قسطنطين العرش وكان أول الاباطرة المسيحيين ، فلما مات توزع أولاده الثلاثة الحكم فشهدت الدولة أباطرة ثلاثة في وقت واحد الا ان النظام الثنائي عاد فاستقر فامبراطور في الشرق وآخر في الغرب لدولة موحدة نظوياً يقتسم عرشها رجلان كما اقتسم السلطة العليا في العهد الماضي قنصلان حتى سقطت الامبراطورية الغربية (٤٧٦ب.م) ومع ذلك فان الامبراطور البربري تيودوريك ارسل الى(لينون) امبراطور الدولة الغربية رسالة ان يعتبر عامله على دولة الغرب واعتبر جستنيان ان قوانينه يجب ان تسري في الغرب سريانها في الشرق بوصفه امبراطوراً للاثنين جميعا . وأخيراً سقطت الامبراطورية الشرقية باستيلاء العثمانيين على بيزنطة عام١٤٥٣ . ولقد تميز عهد الامبراطورية السفلى بحادث تاريخي خطير هو

الديانة المسيحية وتأثيرها على القانون

اعتنقت الدولة الرومانية ذلك الدين الجـديد ، بعد ان قاومته مقاومة عنيفة ، كان من ضحاياه « شهداء » الاقباط في مصر الذين ارخوا عامهم بذلك الاستشهاد فهم اليوم في سنة ١٦٥٣ .

هذا « التمسح » من علامات الامبراطورية السفلى ومميزاتها، فلا يعبر تاريخ القانون الروماني في ذلك العهد بغير اشارة اليه والى تأثيره في القانون

ولو راجعتم مذكراتكم في القانون الروماني لقابلتم هنا وهناك اشارة لذلك التأثير وامثلة تبينه فلا جمع طائفة منها تيسر الامر لكم .

ففى الاحوال الشخصية : ساهمت المسيحية في تحسين حال الرقيق والرفق به ، ولكن نظام رقيق الارض ترعرع في ظلالها، وخاصمت الطلاق ولكنها نالت منه دون ان تستطيع القضاء عليه لشدة تأصله في نفوس الرومان ، وجعلت العدة على المطلقة ولم تكن تلزم قبلها الا من توفى عنها زوجها ، وادخلت نظام تصحيح البنوة غير الشرعية رأفة بالولد وحضاً للوالدين الضالين على مراجعة الصواب ،وحرمت الزواج على بعض رجال الدين ، وبين المسيحيين

والموسويين ، ولم تجز زواج الرجل من ارملة اخيه وزواج المرأة من اخ زوجها المتوفى ، ورخصت للمرأة ان تتبنى غيرها تعزية لها عما فاتها . ولم تقر الهبة للخليلة ولا للطفل غير الشرعي الذي لم تصحح بنوته ، والغت قوانين محاربة العزوبة التي كانت تجيز احياناً مصادرة اموال الاعزب

وفي الاموال العينية : ابطلت المسيحية شرط تملك الدائن المرتهن للعين المرهونة عند عدم الوفاء في الموعد انصافاً للمدين المضطر ، وجعلت الغبن سبباً لفسخ العقد او تكملة الثمن الى المثل اذا كان المغبون هو البائع وكان المبيع عقاراً وكانت نسبة الغبن فوق النصف [1] . ولكن ان تعتبروا الغاء قوانين العزوبه و تحريم الهبة للخليلة والولد غير الشرعي بين الامثلة

---

(١) من الابحاث التي سيعالجها مؤتمر القانون المقارن الذي تقرر عقده بلاهاي في آب سنة ١٩٣٧ بحث في الاصل التاريخي والمقارن لمبدأ الثمن العادل ونظرية الغبن الفاحش .

و يلاحظ ان جستنيان نسب تقرير هذه القاعدة الى ما قبل المسيحية اي الى دقلديانوس ولكن الاستاذين كولينه وجيفار قد رفضا التسليم بهذا مؤكدين ان المسيحية هي التي وضعت هذه القاعدة (راجع مذكراتنا في القانون الروماني باب الالتزامات عقد البيع)

الخاصة بالاحوال العينية لتعلق الامر بالاموال وطرق كسب الملكية

المحاكم الكنسية: ثم ان للمسيحية اثراً قانونياً آخر ذلك هو استحداث هيئة قضائية جديدة هي المحاكم الكنسية التي سنزيد امرها ايضاحاً عند العرض لتاريخ القانون الانجليزي

بعد هذا الايجاز لتاريخ النظم الرومانية منظوراً اليها بعين القانون العام نعود الى معالجة ادوار تطور القانون الروماني الخاص مهملين تكرار ماورد ذكره في الفصل السابق.

مجاميع جستنيان: يقع عهد جستنيان في القسم الثالث ويختمه فقد تولى الحكم من ٥٢٧—٥٦٥ ب. م وقد نهض بمهمة عظيمة خلدت اسمه فقد امر فجمعت كافة القوانين المعمول بها في الامبراطورية على اختلاف مصادرها واختلاف المناطق المطبقة بها والف لجنة برياسة Tribonian [١] اخذت تنظر في تلك الكتلة الهائلة من القوانين وترفع ما بينها من تناقص ثم رفعت ما استصفته الى جستنيان فصدقه واصدره معلنا انه القانون

(١) قارن عمل نابليون واللجنة التي شكلها لوضع القوانين المدنية باسمه.

الملزم دون غيره . هـذه المجموعة هي التي تعرف باسم Corpus Iuris Civilis وكانت تشتمل على اربعة اقسام :

١) Digest وهي مجموعـة مختارة من كتابات الفقهاء العظام

٢) Code ويحتوى القرارات والقـوانين Constitutions الامبراطورية التي صدرت الى مطلع عهد جستنيان .

٣) Institutes وهي مختصر للمجموعة الشاملة الـكبرى اريد بها ان تجعل القوانين سهلة التناول للطلاب وغيرهم .

٤) Novels [1] وهي تحتوى ، كما يشعر اسمهـا ، على القوانين الجديدة التي صدرت في عهد جستنيان بعد نشر Code (وعددها ١٦٨ تقريباً) اي انها جزء تـكميلي لهـذا الاخير . وقد نشرت بعيد موت جستنيان

مصادر القانون المكتوب

كان للقانون المـكتوب Jus scriptum اكثر من مصدر

(٢) وضع الاستاذ علي بدوى مسميات عربية لتلك المجموعات وهي على التوالي : دائرة المعارف ، الـكراسة ، النظم ، الجـديدة ـ راجع مقـاله : «ابحاث في اصول الشرائع» بمجلة القانون والاقتصاد ع او ٢ س٥ص١٩٠

واحد على عكس القانون غير المكتوب Non Scriputm الذى لا مصدر له غير العرف او هو العرف نفسه .

وقد احصوا للقانون الروماني المكتوب ستة مصادر نشير هنا الى كل منها اشارة مختصرة :

١) Leges ومفردها Lex اي القانون الذي صدر من جميع الشعب الروماني بطبقتيه بناء على اقتراح احد الماجستر امثل القنصل

٢) plebiscita ومفردها plebiscitum ويقصد بها القوانين التي اصدرها مجلس طبقة العامة وقد صار يطلق عليها لفظ Leges بعد صدور قانون هو رتنسيا الذي جعلها سارية على الطبقتين جميعاً (راجع ما تقدم)

٣) Senatus Consulta اي القوانين التي شرعها مجلس الشيوخ وقد سبق ان رأينا متى كانت له ومتى لم تكن له سلطة التشريع [1]

---

[1] وقد تلقيت من استاذي (ف . ا . روز) تاريخه ٤ يناير ٩٣٧ جاء فيه بشأن هذه النقطة مايلي :

Point de depart : Auguste (avant lui le senat s'int-ervenait a la legislation seulement d'une facon indi-recte . le terme final est plus incertain .

A partir pe l' avenement de Septime Severe (193 apr J . C) on n'a jamais plus parle de Senatuscons-ultes .

٤) principum placita ومعناها مايصدر عن الامبراطورية تعبيراً عن ارادته فيما يتصل بالقانون عندما انتقلت اليه سلطة الشعب التشريعية . وقدكان يعبر عن هذه الادارة قانون يصدره او قضاء يحكم بهاو فتوى يوجهها الى القضاة اوالهيئات اوالافراد.

٥)Edicta magistratum ويراد بها المنشورات التي كان يصدرها اي Maglsrtrat وقد ورثوا هذهالسلطة عن الملوك لانهم هم الذين مارسوا وظائف الملكية ، فالمنشور الذى يدعو القنصل به الجمعية العامة او مجلس الشيوخ الى الانعقاد ، والمنشور الذي يذيعه الـ Aedile بياناً للقواعد التي تتبع في معاملات الاسواق ، والمنشور الذي يعلنه البروتور بياناً للقواعد القانونية التي سيعمل بها خلال العام كل هذا يدخل في هذا القسم من مصادر القاعدة القانونية .

ونظراً لاهمية منشورات البروتور نقف عندها قليلا .

سبق ان تتبعنا في اختصار نشأة وظيفة البروتور ورأينا ان مهمة القضاء كانت داخلة في سلطة القنصلية فلما تعذر قيامها بها عند تغيبها في الحروب رؤى استحداث ولاية خاصة للقضاء.وقد قيل من جهة اخرى تفسيراً لنشأتها ان طبقة الاشراف ارادت بعد

اذ اضطرتها طبقة العامة الى ان تنزل لها عن احدى القنصليتين ان تحتفظ لنفسها بقنصلية تنفرد بها فكانت ولاية القضاء[١] الا ان العامة زاحمتها بعد ذلك عليها .

وكانت منشورات البروتور اما عامة اوخاصة ، فالطائفةالاولى يصدرها قبل ان يأخذ في مزاولة عمله متضمنة القواعد التي سيعمل بها للفصل فيما يستقبلهمن الخصومات . واما المنشورات الخاصة فتلك التي يصدرها اثناء توليه السلطة لمواجهة موقف عرض له من غير أن يسبق الى خلده عند ما اعد منشوره العام .

ولم يكن البروتور ملزماً باديء الراي باتباع قواعده التي اعلنها اذ لم تكن قانوناً ملزماً وانما مجرد اعلان حتى صدر قانون كورنليا سنة ٦٧ ق م محتما على كل بروتور ان يحترم منشوره العامولكنه ما كان ليلزم فلسفة لان قوته محدودة بالعام الذى تزول بانقضائه سلطة من اصدره الا ان التقاليد خلقت هذه القوة الملزمة في الواقعواصبح البروثور الجديد يجدد عن توليه نفس قواعد سلفه

(١) ملفيل ص ٣١ وهو يحدد تاريخ استحداث تلك الولاية بتاريخ قانون Licinia اي ٣٦٧ ق . م وهو القانون الذي احتفظ باحدى القنصليتين لطبقة الشعب ثم عدل سنة ٣٤٢ ق . م بحيث اباح لها الاثنتين جميعاً .

مضيفاً اليها ما يرى اضافته فتألف منشوره من جزءين : Edictum Tralaticium اي الجزء التقليدي المتوارث غير المتغير و Edictum Novum اي الجزء الذي يستحدثه بنفسه وقد صار للجزء التقليدي مكانة في نفس الشعب جعلته ينفر من تغييره لغير سبب وجيه وقد كان طبيعياً ان يتجهم الاباطرة لهذا السلطان التشريعي الذي تمتع به البرائرة فوضع الامبراطور هادريان حداً له وامر فجمعت القواعد التي اقرها برائرة الشعب وبرائرة الاجانب الى بعض القواعد الثابتة في منشورات الـ Aedils وحكام الاقاليم ، واصدر بتلك المجموعة قانوناً وسميت المنشور الدائم او منشور هادريان او منشور جوليانوس نسبة الى الفقيه الذي رأس لجنة التجميع .

وقد ذكرنا ان هذا المنشور اشتمل على قواعد البروئور الاجنبي ايضاً فلنقف هنيهة عند هذا البروئور . نشأت هذه الوظيفة بعد وظيفة البروئور الوطني بنحو مائة وعشرين حولا للعوامل التي سبق ذكرها وقد كان يصدر منشوراً عاماً على غرار منشور زميله Preteur Urbain على ان يقتبس منه ما يضمنه منشوره حتى صار المنشور ان امراً واحداً في مختتم العهد الجمهوري [1]

---

(١) راجع ما تقدم عند الكلام عن قانون الشعوب وقد قال الاستاذ

وقد يدعو هذا الى التساؤل عن مصير الخصومات بين اطراف منتمين الى جنسية واحدة وهل كانت تقع في اختصاص بروتور الاجانب . ان عبارة برايس تشعر بالنفي ، وكذلك تشعر عبارة (رويز) حين يقول انه كان ينظر الخصومات بين الرومان والاجانب (مذكرات) . اما ملفيل فيطلق القول مقرراً انه كان يعالج الخصومات بين الاجانب والرومان والخصومات فيما بين بعض الاجانب وبعضهم الآخر «betweem foreigners amongst the mselves(inter se)»

٦ ، Responsa prupentium

هـذا المصدر السادس للقانون الروماني المكتوب هو الفقه ؛ وهو قديم عند الرومان ، ولعله سبق القضاء كعامل في تطور القانون ، وقد مر بمراحل مختلفة فالطبقـة الاولى من طبقـات الفقهاء هم جماعة الـكهنة College of Ppontiffs الذين اشرنا الى ان علم القانون كان احتكاراً لهم قبل ان يسن في الواح محفوظة ولقد كان من شأن هذه العلنية ان تضعف القيمة القـانونيـة

(برايس) في وصف عمل البروتور الاجنبي (ج ١ ص ٩٣

This magistrate built up on the basis of mer cantile usage ,equity and common sense, a bo dy of rules fit to be applied betweeu personswhose nativc law was not the same

لتلك الهيئة ، ولكن الطابع الديني كان يسود العصر ويكتنف الالواح نفسها فبقي الكهنة حفاظها وسدنتها وكان عندهم تفسيرها او فقهها وما نزلوا عن احتكار العلم بالقواعد القانونية الا ليحتكروا تفسيرها مدى قرن ونصف قرن بعد اعلان نصها . واذا كانت الالواح قد اوضحت القانون فانها لم توضح اجراءاته فظلت طرق الدعوى والفاظها التي لا بد من احترام كل حرف منها علماً تنطوي عليه صدور الكهنة دون غيرهم حتى نشر ما يسمى Jus Flavianum سنة ٣٠٤ ق . م وهو بيان يشمل صيغ الدعاوي واجراءاتها ومراسيمها ومواسمها[1] ثم دفع الحماس بعد ذلك بنصف قرن ، احد طبقة العامة (تيبريوس كوردنكانيوس) الى ان يتفهم القانون ويعلن في الناس استمداده لان يفتيهم فيه فكان الرائد الاول

---

(١) يقول ملقيل ص ٤٢ ان (فلاڤيوس) كان ولداً لعبد حرره (كلاديوس كيكس) وانه قد سرق من ذلك السيد ذلك البيان الذي كان قد اعده واذاعه بعد سرقته . ـ ويقول رويز (في كتاب عن الدعاوي في القانون الروماني ص ٢٨) ان فلاڤيوس قد واظب على حضور جلسات الدعاوي وصار يحفظ اجراءاتها وتعبيراتها ثم نشر مجموعته . ـ راجع لتفهم نظام الدعاوي وتطورها عند الرومان محاضراتنا في القانون الروماني .

للطبقة الثانية من الفقهاء Veteres التي توسطت بين فقهاء الكهنة وفقهاء العهد الكلاسيكي وعبدالطريق لظهر هذهالطبقة بنشر ما يسمى Jus Alianum وهو مجموعة تتألف من ثلاثة اجزاء اشتملت على نصوص الالواح الاثني عشر وتفسيرات هيئة الكهنةلها وطرق الدعاوي القانونية فاجتمعت هذهالظروف على انهاء احتكار العلم بالقانون وتفسيره وبدت طلائع التعليم القانوني العام وما يتبعه ضرورة من قيام المؤلفات الفقهية .

وقد كان العهد الثاني من الجمهورية عصراً ذهبياً للفقه فلما كانت الامبراطورية كان طبيعياً ان تؤثر في مركز الفقهاء ولكن تأثيرها في هذا الميدان لم يسر على خط محاذ لتأثيرها في القضاء . فقد رأينا انها حملت القضاء على مضض وبدأت منذعهدها الاول تطغى على سلطان البرونور بين حين وحين وتنازعه مهمته القضائية على شيء من الاستحياء يوائم اسلوب اوغسطس في الحكم حتى كان عهد هادريان فاعترض سير البراتّرة ونزع منهم سطوة التشريع عندما عمدالى ما سبق من احكامهم واصطفى منها مجموعة ثابتة الزمهم العمل بها بغير تعديل ولا حذف ولا اضافة ، فلما كانت الامبراطورية السفلى التي افتتحها دقلديانوس كانت اجراً

على ما بقي من كيانه واضيق صدراً بفضلة سلطانه فسلبت البروتور ولاية القضاء الا في روما بعد ان افقده هاردیان ولاية التشريع واصبح الامبراطور يمارس القضاء بعمال يمثلون شخصه ويحكمون باسمه وكثيراً ما كانوا بعض حاشيته وحراسه .

اما الفقه فقد لقي من الامبراطورية اول الامر الحظوة التي حرمها القضاء ولكنها حرصت — وهذا منطقي منها — على ان يكون فقهاً رسمياً فاستن اوغسطس نظاماً جديداً تقضي بان يكون حق الفتوى خلعة امبراطورية تخلع على من يشاء الماهل من الفقهاء فاذا ما خلعت عليهم كان لهم Jus respodendi ex auctoritate principis واصبحت آراؤهم او فتاويهم ملزمة للخصوم وللقاضي معاً وبهذا صار الفقه مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية . على ان سائر الفقهاء لم ينقطعوا عن الافتاء ولكن اراءهم لم تكن لها هذه القوة الملزمة وكان طبيعياً ان تنشط الحركة الفقهية وتنشأ في دائرتها المذاهب المختلفة فقامت مدرسة للسابينيين ومدرسة للبروكيليين . تنسب الاولى الى Sabinus اول فقيه تمتع بحق الفتوى الرسمية ولو ان مؤسسها الحقيقي هو Capito وتنسب الثانية الى Proculus مع ان مؤسسها هو Labeo . وقد اختلف في تحديد فيصل التفرقة

بين المدرستين فذهب بعض الباحثين الى ان البروكيليين كانوا اكثر تعلقاً بالمبادئ القانونية التي سادت عصر الجمهورية اي انهم كانوا محافظين في حين ناصر السابينيون النظام الامبراطوري وكانوا اميل الى الاخذ بالاتجاهات الحديثة التي تتحرى العدالة تحريا اكثر بينما ذهب آخرون الى عكس ذلك تماماً فنسبوا الرجعية والمحافظة للسابنيين ونزعات التجديد والتقدم للبروكيليين [1] .

---

(١) ممن قالوا بالرأي الاول Carlowa وفيما يلي نص عبارة والتون : مقدمة تاريخية للقانون روماني ص ١٣٧ في تصوير رأيه :

"Carlowa thinhs that the Proculiens clung morc closely to the legal doctrines of the republic and that thc Sabiniens were more inclined to the equitable tendancies of more modern times."

وممن قالوا بالرأي الثاني Appleton في مقال نشره حديثاً في الجزء الاول من « مجموعة دراسات قانونية » الفها بعض العلماء تمجيداً لذكرى العلامة الفرنسي Geny . وقرر الاستاذ علي بدوي ايضا (مذكرات ص ٧٠) « ان الرأي الغالب ان مذهب السابينيين هو مذهب المحافظين على القديم والثاني مذهب انصار الجديد وقد زال هذا الانقسام بين الفقهاء في عصر هادريان الذي جعل مجلسه الاستشاري مكونا من فقهاء الحزبين معاً . »

راجع لبيان بعض نقط الاختلاف بين المدرستين مذكراتنا باب

على ان منح بعض الفقهاء سلطة التشريع لم يتسق مع اسلوب دقلديانوس المطلق فلم تتجدد هذه الرخصة لان مصدر التشريع الوحيد اصبح ارادة الامبراطور المباشرة وهذا لا يمنع من بقاء القوة التشريعية للفتاوى السابقة الصادرة من الفقهاء الرسميين ما لم تلغ او تعدل بتشريع لاحق .

وقد حدث ان تضاربت اقوال الفقهاء الرسميين في بعض الامور فبذلت محاولات للتخلص من التناقض بدأها هادريان حين قرر ان القاضي مقيد برأي الفقهاء ما اجتمعوا عليه ، فان اختلفوا كان له الحرية في اختيار ما يشاء من اقوالهم . ثم قرر الامبراطور قسطنطين عدم العمل بتعليقات پول والبيان على

الاشخاص في القانون الروماني ص ٣٣ وحاشيتها (البدء بتعيين الوارث في الوصية) وص ٥٥ (تعيين سن للبلوغ) وفي باب الاموال وفي باب حاشية رقم ١ من ص ٢٢ الاكثر اما ٢ ص ٢٧ (اعتبار تصرف المستأجر) في العقار المؤجر سرقة) (ملكية المادة بعد تحويل الغير اياها)

وقد ابى الاستاذ والتون ان ينحاز الى اي من الرأيين السابقين في تحديد فيصل التفرقة بين المدرستين مكرراً ان التفرقة غير مؤكدة وأن المنافسة بينهما هي الى حد ما غامضة الاسباب مثلها مثل المنافسة بين جامعتي اوكسفورد وكامبردج او جامعتي هافارد وييل (ص ١٣٧ المرجع السابق) — راجع ما

كتابات استاذهما بابنيان ، واخيراً صدر عام ٤٢٦ ب . م قانون باسم Valentinianian Law of Citations مقرراً اعتماد آراء الفقهاء بابنيان وبول وجايوس والبيان وмоودستينوس والاراء التي ثبت ان احدهم قد اقرها فان وجد اختلاف بين هذه الاقوال التي تقرر اعتمادها اخذ القاضي برأي الاكثرية فان تساوت الآراء رجح القول الذي اخذ به بابنيان فان لم يعرف له رأي في المسألة ، كان للقاضي حرية الاخذ بما يرى من تلك الآراء المعتمدة . وقد عين هذا القانون رسمياً حدود الفقه القانوني الكلاسيكي الذي يعتبر عهد هارديان مبدءاً له

٧) Res Judieatoe

وانا لنرى بعد استعراض المصادر الستة للقانون المكتوب ان

جاء في كتاب « علم اصول القانون » لاستاذنا الدكتور السنهوري ص١٤٠ « ولم يكن بين المدرستين الروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية واكثر الخلاف بين المدرستين انما كان في التفصيلات وقد تكون المدرسة البروكيلية اكثر محافظة على المبادئ الجمهورية اذ كان زعيمها لابيو جمهوريا مخلصاً حتى بعد استقرار الامبراطورية ، اما المدرسة السابينية فقد كانت اكثر تمشياً مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . » — انظر ايضاً نفس المرجع ص١٤٩

نقف قليلاً عند امر سابع لم يعتبره جستنيان ولم يذكره الى جانب المصادر المتقدمة ولكن سيسرو قد اعتمده عند احصاء مصادر القانون ، هذا هو القضاء او السوابق القضائية . ويجب الا نخلط بين هذا وبين المصدر الخامس فان منشور البروتور شيء وحكم القاضي Judex شيء آخر كما يتضح جيداً من مراجعة دروس الدعاوي . ان البروتور كان يسن قواعد يضمنها منشوراً وقد تتبعنا تاريخ هذا المنشور كمصدر رسمي للقاعدة القانونية ، اما القاضي فما كان يصدر منشوراً ولا يعين قاعدة وانما كان يفض نزاعا ، مقيداً في اكثر امره ببرنامج البروتور الذي احال الدعوى اليه مصحوبة به الا ان نفس هذا البرنامج كان يدع للقاضى احيانا قسطاً من الحرية كأن يقول البروتور للقاضي : « اذا ثبت لك ان (ن . ن .) قد اعتدى على (ا . ا .) وفصل عضواً من اعضائه فقدر له التعويض بما يرضاه العدل والاحسان . » ولكن قضاء القاضي لم يكن مصدراً للقاعدة القانونية مهما يوسع عليه في حرية التقدير وغاية ما بلغه ان يعتبر قضاؤه السابق مثالا Exempla يستهدى في التماس قرار صائب ، ولذلك اخذ على (سيسرو) زجه بالسوابق القضائية بين مصادر القانون .

ولقد رأينا من جهة اخرى ان الامبراطور اوغسطس قد تصدى بنفسه او بوساطة بعض مختاريه لنظر دعاوي معينة بذواتها وكان قضاؤه او قضاؤهم فيها مصدراً للقاعدة القانونية لانه كان يمارس سلطانه التشريعي بوسائل منها القضاء والافتاء ، فهل كان هذا النوع من القضاء قاصراً على ان يكون مصدراً للقانون في حدود الدعوى المفصول فيها او انه امتد ليعتبر مصدراً عاماً بحكم النزاعات المستقبلة المشابهه للنزاع الذي صدر من قبل تصفية له ؟ لعل السؤال افلاطوني وعلى كل اراني ميالا الى ترجيح ان موقف القضاء هنا ظل كموقفه هناك اي ان المقررات القضائية كانت مجرد سوابق يستأنس بها ، وان امرها استمر كذلك في الامبراطورية السفلى حين ردت سلطة البروتور الى اضيق حدودها ونازعه حق القضاء المتبقى له غيره من موظفي الامبراطور ، وصار مثلهم يفصل في الدعوى مباشرة بغير احالتها الى ذلك الحكم او القاضي Judex

مصدر القانون غير المكتوب : العرف

علينا بعد ذلك ان نعرض للقانون غير المكتوب ومصدره الفذ : العرف . ولقد رأينا ان قانون الالواح لم يكن الا تجميعاً

لقواعد عرفية ، او تسجيلا « لبعض » عرف الرومان اما بعضه الآخر فقد ظل معمولا به من غير ان يروا حاجة لتدوينه لانهم انما دونوا ما اختلف عليه وما رأوا ضرورة لتوضيحه ، فالعرف عند الرومان كما كان عند غيرهم المصدر الاكبر للقاعدة القانونية في العهود الفطرية ولقد ضاع اكثر تلك القواعد العرفية في ثنايا التاريخ وصار اثر العرف في تنمية القانون الروماني تافها كما يقول الاستاذ والتون [1] . الا انا نرى الاحتياط عند تقرير هذا الحكم بتذكر الدور الهام الذي لعبه العرف التجاري في القانون الروماني عن طريق قانون الشعوب

وكما ان العرف قد يخلق القاعدة القانونية معبراً في خلقه هذا عن الضمير القومي الذي ينبثق منه كما يرى سافيني لان المبدأ في نظره يسبق التطبيق ، فانه قد يعرض لقاعدة قانونية مسنونة فيأخذ ببعض تفسيراتها دون بعض فيصبح التفسير المأخوذ به هو القاعدة المعمول بها . مثل ذلك ان قانون الالواح قرر حق الميراث لافراد الاسرة بالمعنى الواسع Agnats عند

---

(١) ومع ذلك فان الاستاذ والتون يشير الى ان بعض القواعد الهامة التي استحدثت في العهد الجمهوري مردها الى العرف مثل قاعدة تحريم الهبات للازواج — ص ٢٤٤

عدم وجود وارث من الاسرة الضيقة فعمل الشراح ذلك اللفظ على انه لايشمل من النساء الا الاخوات فلابن الاخ مثلا ان يرث وليس لابنة الاخ ذلك .

ولكن هل يستطيع العرف ان يلغي قاعدة قانونية قائمة اذا كان قد استطاع ان ينشيء القانون او يغلب فهما لنص قانوني على فهم ؟

لو ان القاعدة القانونية قاعدة عرفية فالعرف قادر على ان يلغي عرفاً ولكن أيكون هذا هو الحكم بالقياس الى قاعدة مسنونة؟ اما مجموعات جستنيان فلا ترى مساغاً للتفرقة وتعلن ان الرضاء الضمني للشعب كاف لالغاء القانون مكتوبا وغير مكتوب ، فاي فرق ، كما يتساءل جوليان في الديجست ، بين ان يظهر الشعب صاحب السلطان ارادته بالتصويت وان يظهرها بالعمل والاهمال ؟ ولقد اخذ الرومان بهذا النظر فعلا فابطلت بعض صور الوصية لمجرد عدم الاستعمال او العرف السلبي كما ابطلت بعض اقسام قانون اكيليا لنفس السبب حتى كان حكم قسطنطين فقرر قاعدة عامة تقضي بان العرف لايجوز ان يلغي القانون المكتوب .

ولقد تقدم بعض الباحثين بتفسيرات مختلفة يريدون بها التوفيق بين هذا الحكم وما تضمنته مجموعات جستنيان ولكن الاستاذ

والتون يفضل الاعتراف بوجود التناقض ويرى من المحتمل ان يكون قرار قسطنطين قد قصد به ابطال الرأي الذي كان معمولا به من قبل ، ذلك الرأي الذي نقلته لجنة جستنيان بغير ان تفطن الى ما اعتراه من تغيير في عهد قسطنطين (١)

الدور الرابع لتاريخ القانون الروماني

هـذا الدور الرابع والاخير هو دور تقسيم الامبراطورية الى شرقية وغربية . وقـد سبق ان رأينا كيف قام دقلديانوس بالتقسيم ولـكنه في تقسيمه لم يتجه الى الفصـل الحقيقي بين الشطرين وانما اراد تسهيل الادارة فكان للامبراطورية « الواحدة » امبراطوران . اما الخطوة الحقيقية الاولى للفصل الحقيقي بين الجزءين فقد حدثت بعد (سنة ٢٣٠ ق . م) في عهد

(١) والتون صفحة ٢٤٩ وهو يلاحظ ان العرف ليس له في انجلترا قوة الغاءقانون مكتوب بعكس اسكتلنداه قارن المجلة شرح سليم باز فقد ذكر (ص ٣٤) ان رأي الجمهور ان العرف لا يلغي نصا ولـكنه اورد روايتين مختلفتين عن الامام الشافعي تقول احداهما بان العرف ينسخ النص اذا كان النص قد وضع اول الامر تسجيلا للعرف ثم تغير العرف فهنا ينسخ النص بالعرف الجديد لان غرض النص التعبير بامانة عن العرف

الامبراطور قسطنطين عندما جعل بيزنطة عاصمة للامبراطورية الرومانية بدلا من روما وتلا ذلك توزيع تيودوسيوس الاول الامبراطورية بين ولديه فالشرقية لاحدهما والغربية للآخر وذلك سنة ٣٩٥ ب . م فلم يجتمع القسمان تحت سلطان واحد بعد ذلك الا في عهد جستنيان حين غزا بعض قواده ايطاليا (بعد سقوط الامبراطورية الغربية في يد القوط سنة ٤٧٦ ب . م) وكان من نتيجة تلك الغزوة المؤقتة حمل قانون جستنيان اليها وجعله منافساً « للقانون الروماني البربري » الذي سنه اباطرة الفاتحين ليطبق على رعاياهم الرومانيين لانهم احتفظوا لانفسهم بقوانينهم البربرية الخالصة وقد كان اهم القوانين البربرية الرومانية « القانون الروماني القيزقوطي » الذي سموه Corpus Juris Civilis على غرار قانون جستنيان وقد ظل معمولا به في الغرب من القرن السادس حتى القرن الثاني عشر حين اسست مدرسة بولونيا سنة ١١٢٠ واخذت في دراسة قوانين جستنيان

ومع ان الامبراطورية الشرقية لم تسقط الا عام ١٤٥٣ فان القانون الروماني البحت قد حل محله قانون روماني بيزنطي قبل ذلك السقوط باكثر من خمسة قرون وذلك ان اللغة اللاتينيه

اخذت تزول لتحل محلها اللغة الاغريقية واخذ القانون الروماني يدرس فى التراجم الاغريقية وشروح الفقهاء الاغريق وقداصدر الامبراطور ليو الذي حكم من ٨٨٦—٩١١ ق . م قانوناً بيزنطياً رومانياً في مجموعة تسمى Basilica اصبحت القانون الرسمي للدولة حتى خلفها القرآن اثر سقوط القسطنطينيه في يد العثمانيين.

ولقد قيض للقانون الروماني ان يحيا من جديد بفضل مدرسة بولونيا السالف ذكرها تلك التي استعانت في مهمتها بقواعد القانون الكنسي الذي كفل استمرار العلم بالقانون الروماني حتي في عهد البرابرة [١] . فلما كان عهد الاحياء العلمي حمل علماء بيزنطة علمهم الي اوربا ونشطت دراسة القانون الروماني نشاطاً كبيراً ولم تعد محصورة فى مدارس ايطاليا بل سرت الى مدارس غيرها من الدول واقترنت تلك الدراسات باسماء فقهاء عالميين مثل سافيني وتيبو في المانيا وجرسيوس في هولندا وبوثييه في فرنسا ودخلت قواعدالقانون الرومانى كما بينها جستنيان في تشاريع اجزاء

---

(١) كان الامبراطور قسطنطين في تحمسه للمسيحية قد سمح للكنيسة بالاستقلال بالقضاء في امور معينة وقد اخذت الكنيسة في قانونها ببعض قواعد القانون الروماني .

كثيرة من العالم ان لم نقل ان هذه التشاريع نسجت على غرارها واقتبست منها جل احكامها وليست اوربا وحدها هي التي تأثرت بالقانون الروماني بل لا تكاد قارة تخلو من اثره وحسبنا ان نشير الى اليابان وكندا وتركيا وسيلان وسوريا ومصر وبلاد المغرب وجنوب افريقيا ولويزيانا ، ولعل العراق لم تخل من اثر ضئيل له فان قانونها التجاري وقانون اجراءاتها المدنية والتجارية مأخوذ ان عن القانون التركي المأخوذ عن الفرنسي ، كما ان مشروع اللائحة الجديدة للقانون المدني يشتمل — الى جانب الاثر الواضح القوي للفقه الاسلامي — على آثارمن قوانين اوربية وغير اوربية تأثرت في دورها بالقانون الروماني .

تحديد الصلة بين الشريعتين الاسلامية والرومانية :

وهنا يسلمنا سياق البحث الى امر له مكانه في دراسة تاريخ القانون ، ذلك هو تحديد الصلة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني فقد ذهب بعض المستشرقين والباحثين الغربيين مثل جولدزيهر وسانتلانا وشرمان واموس الى ان الشريعة الاسلامية « مستمدة من قانون الرومان » [1] او « ان الفقه الاسلامي تأثر

(١) انظر مقالا عنوانه (ابحاث في تاريخ الشرائع) للاستاذ علي بدوي — مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٧٣٣ — ٧٣٦

به تأثراً كثيراً وكان الفقه الروماني مصدراً من مصادره استمد منه بعض احكامه »[(١)] مستندين في زعمهم الى قيام مدارس للقانون الروماني في بعض مدن الشام (قيصرية وبيروت) عند الفتح الاسلامي وقيام محاكم بها تسير في نظامها واحكامها حسب القانون الروماني ، ووجود تشابه في بعض النظم القانونية بين الشريعتين كما في تقاسيم العقود والاموال والحقوق ، والتماثل التام الظاهر في الشريعتين بين بعض المبادئ مثل مبدأ « البينة على من ادعى واليمين على من انكر » ، والى تماثل المعنى في بعض المصطلحات العلمية مثل كلمة « الفقه » التي يقابلها عند الرومان كلمةعلم القانون Jurisprudentia ومثل «الراي» الذي يقابله عند الرومان لفظة Opinid ، وقرروا « ان الفقه الاسلامي اخذ عن القانون الرماني اما مباشرة او من طريق التلمود فان هذا التلمود اخذ كثيراً من القانون الروماني واتصال المسلمين باليهود مكنهم من الاخذ ببعض اقوال التلمود » وقد اسفوا لان مذهب الاوزاعي الذي عاش في بيروت موطن اكبر مدرسة للقانون الروماني قد اندثر والا لوجدنا فيه اثراً كبيراً للقانون الروماني

---

(١) انظر فجر الاسلام للاستاذ احمد امين ج ١ ط ٢ ص ٢٩٠-٢٩٢

تولى بعض الباحثين المحدثين من المسلمين مناقشة هذه الادلة وتفنيدها وسناخص هنـا دفاع استاذين من هؤلاء الباحثين ثم نعرض نظرية اؤلئك المستشرقين على بعض قواعد القانون الروماني المجردة لنرى ما يصدقهم منها وما يكذبهم ولعلنـا ان نضيف حججاً جـديدة الى الحجج القوية البارعة التي سنحاول تلخيصها عن مبحثي الاستاذين احمد امين وعلى بدوي [1]

فاما الاستاذ امين فقرر ان تشابه بعض احكام في قانونـين لا يجعلنا نقطع باخـذ احدهما عن الآخر سيما اذا روعي ان القوانين تتحرى العـدالة التي توحي ببديهيات منها الزام المدعى بالبينة.. ثم ان كلمة الفقه في اصل اللغة العربية معناها العلم بالشيء

---

(١) انظر ايضاً الى كتاب الدكتور محمد زكي عبد المتعال (تاريخ النظم السياسية والاقتصادية) حاشية ص ٢٥٨ فقـد رد على اولئـك العلماء الغربيين بقوله ان مصادر التشريع الاسلامي محصورة بينة وهي الكتاب والسنة والاجتهاد .... وان ما اخـذه العرب عن غيرهم من الامم الاجنبية معروف كالطب والفلسفة والفلك وسائر العلوم الكونية كما عرفت اسماء المعربين والناقلين والمصادر التي استقوا منها هذه الموارد ولم يثبت شيء من ذلك بالنسبة للتشريع الاسلامي والقانون الروماني. ـ وقد نشرت مجلة «الرسالة» السنة الثالثة العدد ٩٩ ص ٨٥٦ـ٨٥٩

والفهم له ثم غلبت على معنى العلم بالدين والفهم له وفي هذا المعنى استعملها القرآن قبل امتزاج العرب بالرومان فقال : « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين » ، ثم غلبت على هذا النمط من العلم (علم التشريع) لانه يتطلب فقهاً في الدين ومعرفة بالكتاب والسنة ، هذا الى عدم ورود اية اشارة الى القانون الروماني في كلام احد ائمة المشرعين ، اما الاوزاعى فان الاستاذ يقرر انه « عثر على جملة صالحة من مذهبه في الجزء السابع من الام ودلته قراءتها على ان من الانصاف ان يعد الاوزاعى من مدرسة الحديث لا من مدرسة الراي ، عكس ما يقول جولدزيهر ، ومدرسة الحديث ابعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني . »

سقالا لفضيلة الاستاذ الشيخ عبد القادر المغربي رئيس المجمع العلمي العربي بدمشق رد فيه على نفس الزعم ومما جاء في رده :

« لما فتح المسلمون البلاد التي كانت خاضعة للرومانيين وجدوا لاهلها عادات راسخة واحكاما متوارثة فاقروهم عليها وبعضها ينطوي تحت اصول الاسلام الثابتة بالقرآن وعمل النبي (ص) والصحابة : مثل (العادة محكمة) و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) و (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) ... فاذا اعتبر ائمة الاسلام تلك الاحكام

بيد ان الباحث لا ينكر ان القانون الروماني افاد من ناحية غير هذه ، اعني ناحية « عرض المسائل على الفقهاء ليبدوا فيها رأيهم حسب القواعد الكلية للشريعه الاسلامية ، فمن المحقق ان مصر والشام كانت تحكمها محاكم رومانية بالقانون الروماني ، فلما جاء الاسلام ودخل قوم من هؤلاء المحكومين فيه ، وخضع له غيرهم كان من الطبيعي ان يعرضوا تقاضيهم القديم وآراء محاكمهم القديمة على الاسلام لينظروا ما يُقر منها وما لم يقر »

اما الاستاذ بدوي فلا يرى قيمة للتشابه في معاني الالفاظ ، ويرى ان التشابه في بعض النظم القانونية ، لا يفيد حتما ان احد الشريعتين نقلت عن الاخرى وانما هو ناشئ بطبيعته من تشابه

اللاتينية ثم دونوها او دونوا نظائرها في كتبهم الفقهية ، لا يكون ذلك منهم اعترافاً بشرائع اللاتين واذعاناً لها وانما هو منهم عمل باحكام مستندة الى القواعد الاسلامية من القرآن وسنة النبي (ص) وهم كما دنوا في كتبهم الفقهية احكاماً تشبه الاحكام الرومانية دونوا ايضاً احكاماً تشبه احكام شرائع الفرس والترك والتتار الطورانيين وغيرهم من الامم التي فتحوا بلادها فمن جملة القواعد في مجلة الاحكام الشرعية : « ان الحاجة سواء كانت عمومية او خصوصية تنزل منزلة الضرورة ، ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء فانه لما كثرت الديون على اهالي بخارى جوزت هذه المعاملة لداعي الاحتياج » ا . هـ . فهل يقوم احد فيزعم ان

الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل منهما . ثم يلجأ الاستاذ الى الامثلة المجردة فيعرض نظما رومانية غير اسلامية ونظما اسلامية غير رومانية فمن الطائفة الاولى السلطة الابوية والسيادة الزوجية والتبني والوصاية على المرأة ، ومن الطائفة الثانية الوقف الاهلي والشفعة وموانع الزواج من الرضاع ، هذا الى اختلاف الشريعتين في قواعد بعض النظم المشتركة بينهما كنظام الزواج فهو فردي عند الرومان متعدد عند المسلمين ، والميراث فللمرأة فيه مثل الرجل في القانون الروماني ونصفه في الشريعة ، والطلاق وهو من حق كل من الزوج والزوجة في روما ومن حق الزوج دون الزوجة في الاسلام . وفوق هـذا وذاك يضع الباحث يده

البيع بالوفاء شريعة طورانية عمل بها أئمة الاسلام ؟ ..... ونحن اذا راجعنا تاريخ حياة أئمة الاسلام نراهم قد عاشوا في محيط اسلامي محض : الكوفة وبغداد ومكة والمدينة ؛ نعم سكن الشافعي مصر ودفن فيها لكنه جاءها قبل وفاته بخمس سنين . فأئمتنا ما عرفوا لغة لاتينية ولم يعاشروا مشترعين لاتينيين ولو لوحظ من احدهم ذلك لسقط اعتباره وتحاماه المسلمون ولما كان اماما واجب الاتباع . ومن العجب قول الاستاذ ... ان السنة في الاسلام ما هي الا مجموعة القوانين الرومانية الخ الخ »

على فاصل جوهري فقد عرفنا القانون الروماني دون شكليات ورسميات ، اما الشريعة الاسلامية فهي في جوهرها ومنذ نشوئها قائمة على البساطة في التعامل وعلى نية الطرفين في التعاقد وعلى روح العدالة الطبيعية بين الناس . واخيراً نرى الشريعة الاسلامية قد اشتملت ، من مبادئ العقوبة ونظمها ، على مالم يعهده الرومان مثل ارتفاع المسئولية الجنائية عن الملك او رئيس الدولة لانه يملك حق العقاب وحده دون غيره ، ونظام الحسبة في الشريعة الاسلامية وهي وظيفة اجتماعية في العصر القديم تقابل وظيفة النيابة العامة في العصر الحديث ، ونظام العقاب بالتعزير وهو يسمح ان يترك تحديدالعقوبة نوعاً ومقداراً الى تقرير القاضى المطلق يحكم بها تبعاً لما يتضح لديه من ظروف كل جريمة وحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله الى الاجرام .

وقبل ان ننتقل من تلخيص هذه الوجوه ، نشير الى انا نتردد في تسليم بعض ما تقدم ذكره في بحث الاستاذ بدوي فان الرومان عرفوا الى حد نظام الحسبة : ذكر الاستاذ (جيرار) في مؤلفه عن القانون الروماني [1] ان الدعوى المسماة De Postis et Suspendis

---

(١) الطبعة الثامنة التى نشرها الاستاذ Senn ـ ص ٦٧٧

كانت دعوى شعبية Populaire تعطي لاول قادم Au premier Venu
ضد من يعلق في منزله شيئاً من شأنه اذا سقط ان يسبب ضرراً
وذكر الاستاذ ايضاً [1] ان من سقط شيء من منزله وسبب قتل
حر ، كانت تمنح ضده دعوى لاول قادم يلزمه بمقتضاها ان
يدفع غرامة قدرها خمسون الف سيسترس . — هذا الى ان
وظيفة الـ Aediles كانت تتناول ما قد يدخل ، بصورة ما ، في
اعمال الحسبة فقد كان هذا « العامل » الروماني يقوم على حفظ
الالواح التي نقشت عليها القوانين ثم رعاية الهياكل والمسارح
وتنظيم شئون الامن العام والصحة العامة وصيانة الطرق والميادين
والجسور ورقابة الاسواق وكان يتدخل في صفقات البيع ،
واعتبر قضاءً قائماً بذاته وكان في قيامه بمهمته يفرض الغرامة
عقاباً لبعض الافعال مثل حبس الغلال في اوقات القحط واستعمال
موازين مختلفة وعرض اطعمة غير صحية . على انا مع ذلك نوجه
هذه الملاحظة في كثير من التحفظ ، فما زال الامر بشطريه ،
الحسبة في الشريعة والحسبة عند الرومان ، في حاجة الى البيان.

---

(١) نفس المرجع نفس الصفحة

والضبط . (١)

كذلك نقف قايلا عند قول الاستاذ ان الشريعة الاسلامية امتازت بتقريرها فكرة العقوبة غير المحددة ، ذلك انا قد رأينا البروتور الروماني يطلق يد الحكم في بعض الجرائم ليحكم وفقاً

(١) وقد تلقيت بعد كتابة ما سبق بشأن الحسبة خطابا من استاذي فستنزو ارانجيو رويز تضمن ردوداً على بعض استيضاحاتي وقد جاء به بشأن الحسبة ما يأتي :

« Je ne sais pas exactement ce que c'est le « hisba ». En tout cas les romains n'avaient pas de parquet, mais en general les actions criminelles etaient publiques dans le sens que n'importe quel citoyen pouvoit les intenter (pour pousser les citoyens a le faire on assurait souvent une prime sur les biens que l'on confisquerait aux accuses). Exceptione llement le meme systeme a ete pratique pour les actions privees, portees devant le preteur urbain et ensuite devant un juge unique : c'est le cas de l'action de postis et suspendis a laquelle vous faites allusion». Ce n'est que sous l'empire que l'on commence areserver l'accusation aux fonctionnaires de l'Etat. »

(خطاب مؤرخ في القاهرة ٤ يناير ١٩٣٧ — ويلاحظ ان الاستاذ رويز لم يستأذن في نشره)

ويؤخذ مما تقدم ان الدعاوي الجنائية العامة يقيمها اي مواطن وان

للعدالة والحسنى [١] وقد كان جزاء اللاطم غرامة قانونية محددة فلما هبطت العملة ورأى البروتور ان مقداراً بعينه قد يردع الفقير ولكنه لا يردع الموسر راعى ذلك الاعتبار فأخذ الاغنياء باكثر مما فرض على غيرهم [٢]

على اني اذ اتقدم بهذه الملاحظات المترددة ، لا اقصد الدفاع عن النظرية التى هاجمها الاستاذان بتلك الحجج القوية ، بل اني لا نفض امام الطلاب قواعد القانون الروماني التي درسوها

الدولة كانت تغري الوطنيين باقامتها باقرار نصيب لمقيم الدعوى من اموال المتهم التى تصادر ، وان نفس الاسلوب اتبع على سبيل الاستثناء ، بصدد بعض الدعاوي الخاصة ومنها شبه جريمة تعليق شيء حتى اذا كان عهد الامبراطورية احتفظ بسلطة الاتهام لموظفي الدولة .

وقد جاء فى نفس الخطاب بشأن نظام الوقف ما يأتي (وكنت قد سألته عن مدى الصلة بين نظام الوقف الاسلامي وما سمى عند الرومان بنظام الـ Fideicommis) :

« Vous n'etes pas le premier egyptien qui me pose le ptobleme du rapport entre les uns et les autres: en effet

(١) مذكراتنا في القانون الروماني ـ باب الالتزامات ص ٢٦ (جزاء جريمة اللطم) و ص ٤٨ ـ (جزاء شبه جريمة سقوط شيء من منزل وجرحه انسانا)

(٢) جيرار ص ٤٣٠

ليعرضوها على احكام الشريعة الاسلامية وسيرون من عملية المواجهة ان ما افترقت الشريعتان فيه كثير جداً لا يقاس اليه ما اتفقتا عليه . وسآخذ نفسي هنا بالاشارة السريعة محيلا الطلاب على مواضع التفصيل على ، لا ابغي حصراً وانما تمثيلا .

---

il n'y a pas une relation directe. Peut etre,je me suis pas fort en matiere de wakfs : en tout cas,je pense qu'il s'agit de fondations , publiques ov privees , placees sous la de' l'autorite publique . Or,les romains qui n'ont jamais eu l'idee de la fondation comme personne juridique ont du recourir pour obteuir des resultats analogues a une grande variete de ditours . Quel que fois c'est le fideicommis . Le concept du fideicommis est tr'es large : on apelle f. toute disposition testamentaire redigee dans la forme d'une priere qui o'adresse soit a l'heritier soit a un legataire (Ces dispositions ont ete sanctionnees comme obligations qar Auguste).En a dme ttant) que l'on ait soumis l'herdite on le legs a une charge (p . ex . de nourrir les orphelins d'un certain pays) , on aurait pu repeter le meme charge pour le fideicommissaire, ce qui aurait realise une espece de fondation . Seulement , cela ne pouvait durer longtemps parce que les romains sont contraires aux dispositions en favcur des personnes incertaines,e'est pourquoi le fideicommis n'est acceptable (?) qu'en faveur des parents deja nes a la mort du testateur , et de leurs descendants immediats : avec ca , la fondation disposee

ولأبرأ بقواعد الأحوال الشخصية :

١) ففي دراسة الرقيق رأينـا ان حالة الرق عنـد الرومان كانت تبطل مالـكية المال وغير المال اما في الشريعة الاسلامية فمالـكية المال وحدها هي التي تبطل اما مالـكية غير المال كزواج او طلاق او حياة فلا تبطل (ص ٢٨ من مذكراتنا) .

---

au moyen d'un fideicommis pourra durer , en cas de congoite jusqu a un siecle a peu pres - pas plus . - Pour realiser des fondations durables il n , y avait d ' autre moyen que de faire une donation ou un legs avec charge au profit d ' une personne juridique telle qu ' un municipe (plus tard au profit de l'eglise) : l'eternite de la personne juridique garantiseait l 'eternite de l' execution de la charge.Ou bien on faisit du reglement au profit de la munici palite en obligeant celle ci a en disposer d'une certaine facon

وملخص ما تقـدم ان الاستاذ رويز يقرر عـدم وجود عـلاقه مباشرة بـين نظام الوقف الاسـلامي والنظـام الروماني ، ثم يقول ان الرومان قد اباحوا ان يشترط الموصي على الموصي اموراً في صالح آخرين ولـكنهم لم يرحبوا كثيراً بالاشتراط لمصلحة اشخاص غير معينين فلم يبيحوا مثل ذلك الشرط الا لمصلحة الاقرباء الذين يكونون قد ولدوا فعلا حين وفاة الموصي ثم لاولادهم في الطبقة الاولى وبهـذا كان نظام

٢) ورأينا ايضاً ان التزام العبد في الدائرة المدنية ما كان ليترتب عليه اثر مطلقاً ثم ترتب عليه اثر ضعيف فكان مصدراً لالتزام طبيعي ، مع ان اقرار العبد بالمال صحيح في نظر الشريعة الاسلامية في حق نفسه اي انه يترتب عليه التزام مدني كامل يؤديه بعد تحريره [1] .

الـ Fideicommis يدوم حوالى قرن لا اكثر . ولكنهم لما ارادوا تأييد الانتفاع لجأوا الى الهبة مع اشتراط على الموهوب اليه في مصلحة شخص معنوي يضمن خلوده خلود تنفيذ الاشتراط ، مثل المدنية اولا ثم الكنيسة اخيراً ، كما لجأوا الى تقرير ضرائب عامة على الافراد لمصلحة البلديات مشترطين على البلديات ان تتصرف بطريقة معينة ، وقد ضرب لكل من الوسيلتين مثلا : فالوسيلة الاولى مثلها ان احد الرومان اراد التصدق على فقراء مدينته بصدقة مؤبدة فوهب ارضه الى بلدية روما مشترطاً عليها ان تتصرف في هذه الارض بطريق (الامفتيوز — راجع شرح نظام الامفتيوز في مذكراتنا القانون الروماني — قسم الالتزامات) وان تنفق الريع السنوي في سبيل الاحسان . اما الوسيلة الثانية فمثلها أن تراجان قد اقترض انه اقرض ملاك الاراضي قروضاً رهنت اراضيهم في سبيلها رهناً غير حيازي وانهم لا يبرأون من الدين بسداده بل بدفع الفوائد السنوية وتخصيصها للاحسان .

(١) ص ٢٨ من مذكراتنا

٣) وفي باب الزواج رأينا قسطنطين يحرم زواج الرجل من ارملة اخيه او اخت امرأته بعد وفاة الاخ او الزوجة [(١)] ، وليس في الشريعة مثل هذا التحريم

٤) وهذا الامام ابو حنيفة زعيم مدرسة الراي لا يقر الحجر على السفيه لان في ذلك اهداراً لآدميته مع ان الرومان اقروا الحجر على السفيه ونظموه منذ قانون الالواح

ثم ختم الاستاذ كلامه في هذه النقطة بقوله :

« هذه هي الاوقاف على الطريقة الرومانية اذا لم اخطئ . ولم اجد اوقافاً رومانية اخرى » .

— قارن ما تقدم اقتباسه من اسباب حكم محكمة النقض المصرية وراجع ما تقدم ذكره في بحث الاستاذ بدوي الذي جعل من وجوه الاختلاف بين الشريعتين ان الوقف الاهلي (اي الذري) وجد عند المسلمين دون الرومان . وقد يؤخذ من قوله بمفهوم العكس ان الرومان عرفوا نظام الوقف الخيري . والذي قد يستفاد من خطاب الاستاذ رويز ان الرومان اقروا « الوقف الذري المؤقت » ـ اذا صح هذا التعبير تجوزا ـ اي لطبقتين او لقرن وهذا غير الوصية لان الوصية لا تكون الا لمعلوم . اما الوقف الخيري فقد اقتربوا كثيراً منه باعتبار النتيجة بطريقتي الهبة والضرائب السابق الاشارة اليها .

(١) ص ٥٨ من مذكراتنا

في الالتزامات :

٥) وفي الالتزامات نرى المجنون يضمن عمله الضار في راى المذهب الحنفي والمضنون انه لم يكن ليضمن في القانون الروماني .

٦) ومع ان فكرة الالتزام الطبيعي من اهم مبادئ القانون الروماني في الالتزامات ، لانجد حديثاً عنها بهذا الوصف في كتب الفقه الاسلامي وان كان المسلمون قد فرقوا احياناً بين ما يلزم ديانة ولا يلزم قضاء

٧) ولا نقابل في الفقه الاسلامي تفرقة بين التضامن الكامل والتضامن الناقص

٨) ولم يكن الغش ليعيب الرضاء عند الرومان الا ان يقع من متعاقد ، اما في الشريعة فقد جعلوا الغش الواقع من الدلال مؤثراً في العقد واختلفوا في حكمه ان وقع من اجنبي غير الدلال[(١)]

٩) واخذ الرومان بمسئولية صاحبي الفندق والسفينة والحيوان عن جرائم عمالهم وحيوانهم ، اما الشريعة فيقرر في مذهبها الحنفي انه اذا اجتمع المباشر والمسبب ضمن الاول دون الثاني ، كما يقرر ان جناية العجماوات بواء .

---

(١) مذكراتنا في القانون الروماني - باب الالتزامات - ص ٤٤ والمراجع المشار اليها فيها

١٠) وملكية المبيع عند الرومان لم تكن لتنتقل الا بالتسليم في حين انها تنتقل بمجرد العقد طبقاً لراي الشريعة

١١) ثم ان هلاك المبيع قبل التسليم كان بوجه عام على المشتري عند الرومان وهو في الشريعة على البائع [١]

في الاموال :

وفي احكام الاموال ترون

١٢) ان المذهب الحنفي جعل مغير المادة تغييراً يقلب اسمها صاحب الحق في تملكها ولم يتابع الرومان الذين اختلفوا اولا فقال فريق منهم بان الملكية للمحول وقال فريق بانها لمالك المادة حتى فرق جستنيان بين حالتي التحويل الكامل والناقص [٢]

١٣) كذلك رفضت الشريعة الاسلامية ان تقر مبدأ سقوط الحق بالتقادم واخذت بقاعدة عدم سماع الدعوى بشرط الا يقر الغاصب بتملك المدعى للمال في الحال وهذا غير ما اخذ به الرومان بوجه عام [٣]

(١) انظر مع ذلك الى جيرار المرجع السابق ص ٥٨٠ وحاشية (٤) بها فقد قال ان بعض الباحثين ينازع صدق هذه القاعدة بالقياس الى العهد الكلاسيكي

(٢) مذ كراتنا في القانون الروماني ـ قسم الاموال ـ ص ٢١

(٣) انظر بحثا قيما لمعالي الاستاذ علي باشا زكي العرابي وزير المعارف المصرية حالا كتبه في مجلة القانون والاقتصاد (س ٤ ص) يوم كان مستشاراً بمحكمة الاستئناف الاهلية بالقاهرة وقد وازن فيه بين الفكرتين: عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، والتقادم في القوانين الحديثة .

١٤) وفي حق الانتفاع نرى القانون الروماني يقر حق المنتفع في جني الثمار التي غرسها غيره قبل بدء انتفاعه ويسقط حقه في جني الثمار التي غرسها هو اذا جنيت بعد انتهاء انتفاعه ، بينما تأخذ المادة ٣٦ من مرشد الحيران بحكم مخالف هو بغير شك اعدل واحجى

١٥) واذا كان القانون الروماني قد حرم الهبات بين الزوجين ، فان الشريعة الاسلامية لم تكتف باجازتها بل هي جعلت علاقة الزوجية مانعة من الرجوع في الهبة

احكام متشابهة : على ان من واجبنا ان نعرض الى جوار هذه الاحكام اموراً تشابهت في حكمها الشريعتان ولكن هذا التشابه لا يؤدي ضرورة الى القول بان احداهما قد استقت من الاخرى .

١) فوصي الخصومة مثلا قريب من قيم الخصومة عند الرومان الذين خلقوا نظامه في عهد الامبراطورية السفلى Curatelle ad Litem

٢) ورأي الامام ابي يوسف في اعتبار القرار الصادر بالحجر على السفيه والقرار الصادر برفع الحجر عنه دون الحالة الفعلية ، هو رأي القانون الروماني . الا انا نلاحظ هنا اموراً

اولها ان ابا حنيفة رفض اجازة الحجر على السفيه اصلا ، وثانيها ان الامام محمداً خالف ابا يوسف وخالف القانون الروماني وقال باعتبار الحالة الفعلية لان السفه كالجنون والصغر ، وثالثها ان بعض علماء القانون الروماني (ابلتون) قالوا بان عيب الاهلية المترتب على قرار الحجر على السفيه كان يزول قبل صدور قرار برفعه ، بالنسبة لبعض انواع السفهاء ، اذا زالت حالة السفه فعلا عنهم [١]

٣) وقد عرف المسلمون نظام الحكر وتكلم بعض فقهائهم عنه قائلا : « في الامفتيوز او الحكر » والحكر مشابه في الواقع لعقد الامفتيوز الروماني .

٤) واخيراً نرى الشريعة تجيز ان يكون موضوع حق الانتفاع عيناً تستهلك بالاستعمال (م ٢٢ مرشد الحيران) وهذا هو ما سماه الرومان شبه حق الانتفاع ولكن الشريعة اوردت حكمه بغير ان تورد اسمه [٢]

---

(١) جيرار ص ٢٥٤ حاشية ٣

(٢) راجع في تفصيل هذا كله مذكراتنا في القانون الروماني : ويلاحظ ان مؤتمر القانون المقارن السابق الاشارة اليه قد جعل تأثير القانون الروماني في الشريعة الاسلامية بين الموضوعات التي سيعالجها .

عالم اسلامى يرد الدعوى بمثلها :

ولست ارى بأساً ، قبل ترك هذه النقطة ، في ان اشير الى ان بعض المسلمين قد شاء ان يرد زعم المستشرقين بزعم من مثله فقرر انما سمى قانونا رومانياً في القرون الوسطى ليس الا قواعد من الشريعة الاسلامية خلع عليها المصلحون الاوربيون اسم القانون الروماني تمويهاً على رجال الكنيسه المسيحيين حتى لا يتنكروا للاصلاح كراهةً لمصدره ! (١)

---

(١) انظر الى مقال « للاستاذ ابي الفضائل الجرقادقاني الايراني » منشور فى نهاية كتيب (مقدمة القوانين ـ جمع وترجمة الاستاذ عبد الجليل سعد القاضي الآن بالمحاكم الاهلية المصرية) ص ٨٠ — ١٠١ وقد عقب حضرته فى نفس المرجع على مقال العالم الايراني بما يفيد اقتناعه بوجهة نظره ـ ونظراً لنفاد نسخ ذلك الاثر ، فاني ارى اقتباس جملة صالحة من المقال المذكور تبيانا لوجهة نظر صاحبه ، قال :

« ... ان الشرائع الرومانية هي عين الفقه الاسلامي وهو صنف من اصناف المعارف التي تعلمها طلبة العلم من الافرنج عن علماء الاسلام فاما سائر المعارف من قبيل الفلسفة والرياضة والطب والفلك وامثالها فلم تكن هناك دواع تدعوالى نسبتها الى غير المسلمين لان علماءالاسلام بانفسهم كانوا يصرحون في مصنفاتهم انهم اخذوا تلك المعارف عن علماء اليونان وغيرهم واما الفقه فلم يكن كذلك وليس بخاف على اولى البصائر

تاريخ القانون الانجليزى

في هذا الفصل نحاول تقديم صورة سريعة لتاريخ القانون الانجليزي . وكما ان تقصي الاصول البعيدة الاولى للنظم الرومانية كان امراً صعباً غير محقق النتائج ، فكذلك تقصي الاصول

ان رؤساء الامم الاوربية خصوصاً اكابر الاكليروس من الرهبان والقسوس كانوا يسيئون الظن بتلك الطلبة المتعلمة الراجعة الى اوربا في نفس العلوم المأخوذة من اليونان والرومان من قبيل الفلسفة والفلك والطبيعة وغيرها من الفنون الرائجة فى تلك الايام فكانوا تارة يرمونهم بالهرطقة وتارة بالسحر ... فاذا كان هذه حالهم في العلوم الدنيوية البحتة التي كان مرجعها الى اليونان فما كانت الحال فيما هو مرجعه الى الاسلام وماخذه الديانة الاسلامية التي كانوا يعتبرونها الد اعداء المسيحية . فلما اخذت طلبة العلم الاوربيين من القرن العاشر الميلادي الى القرن الثاني عشر فالثالث عشر تتقاطر الى الممالك الاسلامية خصوصاً بلاد اندلوسيا لمجاورتها بالممالك الاوربية واخذوا في تكميل جميع صنوف العلوم واتقان فروع الفنون ... فرأوا انه ليس لهم مخلص من تلك الصعوبات الا تسمية ذلك العلم بدل اسم الفقه الاسلامي باسم القوانين الرومانية . واما مدرك حكمنا هذا وصحته فيظهر من استقراء الشرائع التي كانت مدار حكم القضاة قبل عثورهم على الشرائع الرومانية كما يقولون والبحث عن زمان عثورهم على الشرائع والزمان الذي كانت تلك جارية

الاولى للقانون الانجليزي .

العهد الكلتي : على ان هذا لم يمنع بعض الباحثين من ان يقرروا ان اول صورة معروفة تاريخياً لذلك القانون كانت بغير شك صورة كلتية Celtique نسبة الى القبائل التي توطنت

فيه كما يزعمون . اما الشرائع المعمول بها قبل عثورهم على ما سموها الشرائع الرومانية فقد جاء في تاريخ الكنيسة ترجمة يعقوب مردوك الامريكاني عن الاصل اللاتيني الذي هومن تأليف العالم الشهير (موسهيم الجرمني) وقد ترجمت الترجمة الانكليسية الى العربية بمراقبة (هنري جسب) الاميركاني وطبعه ونشره في بيروت فجاء في الترجمة الاخيرة في الحوادث الواقعة في القرن التاسع في العدد الثالث من الفصل الرابع من القسم الثاني من الكتاب ما نصه : وكان في تصرفات المسيحيين المدنية والشخصية وخاصة فيما بين اللاتينيين عوائد كثيرة مأخوذة من الوثنية القديمة لان الشعوب البرابرة الذين تنصروا لم يسمحوا بان تسلب منهم عوائد سلفائهم وقوانينهم ولوكانت مغايرة للقوانين المسيحية بل بمثلهم جذبوا آخرين من الشعوب الذين امتزجوا معهم الى هذه المنكرات وعندنا شاهد قادح في الطريقة المعروفة جيداً في توضيح الحق والبر فى العلل المدنية الاثيمة بواسطة الماء البارد و بالمصارعة .. وقال في الفصل الرابع من القسم الثاني من الكتاب الثالث فى ذكر حوادث القرن الحادي عشر الميلاد ماخلاصته انه وقع بين الحبر الاعظم اللاتيني وبين الاسبانيين خلاف بالعبادة بالطقس الروماني الذي كان يعمل به الحبر والطقس الغوثى

الجزيرة البريطانية منذ عهد سحيق قبل الفتح الروماني ولـكنهم يزيدون الى هـذا ان التقاليد القانونية الصاتيه لم يبق لهـا اثر في القانون الانجليزى .

العهد الرومانى : وقد كان الفتح الروماني في القرن الأول قبل

الذي كانت امة الاسبان يعملون به من اول تنصرهم الى القرن المذكور فاتفق الفريقان على قطع المنازعة بالسيف فاختـارا ندين يتصارعان في هجمة واحدة فغلب الند الغوثي فلم يسـلم له الحبر الاعظم غريغوريوس السابع وطلب اعادة المحاكمة بشرط ان يكون الامتحان بالنار لا بالسيف فطرح كتاب الطقس الروماني وكتاب الطقس الغوثى في النار فاحـترق الـكتاب الروماني بلهيب النار وحفظ الطقس الغوثى (انتهى قول الـكاتب الاوربى) — فيعرف مما ذكرناه ان تلك الشرائع السخيفة الجائرة هي مدار الفصل في القضايا الدينية والمدنية الى القرن العاشر بل الى القرن الحادي عشر فلو كانت عند الحبر الاعظم والامة الرومانية شريعة غيرها لما لجأوا اليها.... فرأوا طلبة العلم الذين سافروا الى الممالك الاسلامية لتكميل معارفهم واصلاح نقائصهم ان اصلاح القضاء وتعليم القضاة من الزم لوازمهم وكان بين تلك الطلبة بعض كبار اهل العلم من قبيل غربرت الثاني الذي جلس على كرسي ماري بطرس من ٩٩٦ الى سنة ١٠٢٤ من الميلاد فاتفق هو وجماعة من امثاله المتنورين مع بعض ملوك اوربا الذين كانوا ينشطون العلماء فنقحوا الفقه الاسلامي وحوروه الى ما يلائم احوال المسيحيين ويوافق بلاد اوربا ودونوه وسموه (القانون الرومانى) لئـلا يأنف الاوربيون

الميلاد وقيل في شأنه ايضاً ان القوم الجرمانيين الذين فتحوا البلاد بعد العهد الروماني وعرفوا باسم الانجلوسكسونيين قد قضوا على كل اثر له وادالوا من الديانة واللغة والقوانين الرومانية لدينهم هم ولغتهم وتقاليدهم وقد كان عهدهم بالبلاد نحو ستة

من قبوله .. قال المؤرخ المذكور في العدد ٢ من الفصل الاول من القسم الثاني من حوادث القرن الثاني ما نصه (كان مدرستان كليتان للجمهور احداهما في رومية اسسها ادريانوس فيها تدرس كل العلوم ولاسيما الفقه والثانية في بيروت في فينيقيه فيها كانت تتعلم بالاكثر الفقهاء ... فيستفاد مما قاله ذلك المؤرخ ان القانون الروماني كان معمولا به ويدرس في كليات اوربا ويدون الى آخر القرن السادس ثم لانرى له خبراً الى اول القرن الحادى عشر فقال المؤرخ المذكور فى خبر عثورهم على القانون الروماني في العدد ٥ من الفصل الاول من القسم الثاني من الكتاب الثالث من حوادث القرن الثاني عشر الميلادي ما هذا نصه : فتجدد في ايطاليا شهرة سلطان الشريعة الرومانية المدنية واكتشف الملك لوثاروس في افتتاح املفي سنة ١١٣٧ نسخة مجموع الشريعة الشهيرة فاتى بها الملك الى مدينة بيزا الخ ونحن نرى بغاية الوضوح ان الزمان الفاصل من القرن السادس الذي اهملت فيه تلك الشرائع الى ان وجدها ليس اكثر من خمسة قرون وفي هذه المدة لا تنسى الشرائع التي

قرون من ٤٤٩ الى ١٠٦٦ ب . م حين خلفهم عليها قوم الشمال او النورمانديون .

ولان العهد الصلتي قد زالت او جهلت آثاره فلا كلام فيه .

العهد الانجلوسكسوني : اما العهد الانجلوسكسوني فقد ادخل النظم الجرمانية كما بينا ومنها ترتيب السكان في درجات اربع

كان معمولا بها في الممالك الواسعة الرومانية .... وقد صادف اني في ايام مسافرتي عثرت على مجموعة من الرسائل والشوارد المفيدة للعالم الباحث مفضل بن رضى الاسفرنكاني فطالعتها فرأيت فيها عبارة في رسالة في شرائط كال الفقه للفتوى هذا نصها كتب ابو العباس السكري من تلامذة بهمنيار وهو تلميذ الشيخ الرئيس ابن سينا في رسالة الى مفتي مرو (احمد بن عبدالله السرخسي) في معنى كال الفقه ان ابا الوليد محمد بن عبدالله بن خيره نقل في تعليقاته على النهاية ان طلبة العلم من الافرنج الذين كانوا يسافرون الى غرناطة لطلب العلم اهتموا كثيراً في نقل فقه الاسلام الى لغتهم لعلمهم يستعملونه في بلادهم فقد برعوا في اللغة العربية منهم غربرت والبرت ..... انه لا يعقل نسيان الشرائع الرومانية المدونة المكتوبة المعمول بها على ان الفرس الاولى اي الامة الزردشتية لم ينسوا شرائعهم حتى خصوصيات احكامها في مدة مديدة .... ومما يدهش الانسان الناقد انهم قالوا ان الامام ابا حنيفة كان يعرف اللغة اللاتينية فاخذ علم الفقه من الرومانيين ونشره بين المسلمين وما دروا ان تاريخ حياة ابي حنيفة معروف

بعضها فوق بعض : احرار ممتازون هم حاشية الملك او الاشراف واحرار عاديون وانصاف احرار وارقاء وهـذا التقسيم يستتبع فوارق عملية فيمين الشريف مثلا تعدل ستة اضعاف يمين الرجل الحر فان زكى كل منهما احد الخصمين في دعوى فتزكية الاول

عند المسلمين واضح كوضوح تاريخ بونابرت مثلا بين الامة الافرنسية ، على إنه هذا لوصح ليضر بهم اكثر اذ يقرب الاجل المقرر بين نسيان الشرائع الرومانية وبين ماعثروا عليها ثانياً فان ابا حنيفة نشأ بين قرني الثامن والتاسع المسيحي ووقع العثور على القوانين الرومانية كما صرحوا به في القرن الثاني عشر فبدل الاستبعاد ينتهي الامر الى استحالة نسيان قوانين مدنية معمول بها وهي تقرأ وتدرس في الـكليات وتترجم الى اللغات الاجنبية في مثل هذه المدة القصيرة »

انتهى ما اقتبسناه من كلام العـالم الايراني وقد ارخه بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩١١ ، وقد عقب الاستاذ عبدالجليل سعد على كلامه مؤيداً وقال في امر كشف مجاميع جستنيان :

« ولـكن هذه المسألة — اي القول باختفاء مجاميع جستنيان ثم كشفها — لم تسلم من الانتقاد و بعض العلماء اعتبروها غير حقيقية منهم سافينية الذي قال بان القواعـد الرومانية لم تختف وانها ظلت معمولا بها بغـير انقطـاع و يعترض على هذا الرأي باستمرار اتباع القوانين القديمة القاسية الى القرن الثاني عشر ومن المستحيل ان يأذن بعض الاحبار العظام الذين اجتهدوا

ترجح تزكية الآخر [1] والدية تتزايد من اسفل الى اعلى وفق طبقة القتيل .

اما الاسرة الانجليزية في ذلك العهد فلم تكن كالاسرة الرومانية القديمة بل كانت قائمة على صلة في الدم ولذلك شملت اقارب الابوين ولم يكن لرب الاسرة ذلك السلطان المطلق على افرادها

حق الاجتهاد فى نشر الديانة المسيحية وتنقيح احكامها فى العمل بهذه القوانين الوحشية مع وجود القانون الروماني العادل اما الحقيقة فهي ان هذه القوانين قد ترجمت من اللغة العربية فى القرن الحادي عشر والثاني عشر من طريق الاندلس ومما قاله العلامة موسهيم فى تاريخ الكنيسة ان جربرت الفرنساوي كان مديونا على بعض معرفته لا سيما الفلسفة والطب والتعليمات لكتب عرب اسبانيا ومدارسهم لانه مضى الى اسبانيا فى طلب العلم وكان تلميذ علماء العرب فى قرطبة وسفلا »

و يظهر ان رأى العالم الايراني قد لقي قبولا لدى بعض نفوس اخرى : انظر مقالا فى مجلة الرسالة بقلم « صالح بن على الحامد العلوى » س ٣ ع ٩٧ ص ٧٨١ وما بعدها وقد اشير فيه الى بحث « لاحد علماء العلويين الحضارمة نشرته مجلة النهضة الحضرمية » ولخص كاتب مقال الرسالة ما تضمنه بحث هذه المجلة فاذا بحجج العالم الحضرمي هي عين حجج العالم الايراني تقريباً .

(١) النظام القضائي في انجلترا للاستاذ احمد (بك) صفوت ص ١٤

فكان الولد يتحرر من السلطة الابوية ببلوغه الرشد والاقارب تجمعهم مصالح مشتركة منها حق الاخذ بثأر قتيلهم او قبض الدية من قاتله وواجبات مشتركة منها مسؤوليتهم عن جناية كل عضو في الاسرة وعن الدية الواجب دفعها [١]

التصرفات القانونية : وكان لابد لانعقاد التصرف القانوني من ان يقع في حضرة بعض افراد الشعب الذين يتألف منهم المجلس الذي نيط بالقضاء والادارة كما سيذكر بعد. ثم ذهب بعض المؤرخين الى ان ذلك هو الاصل الاول لنظام المحلفين لان اولئك الشهود كانوا يؤدون اليمين عندمعاينتهم وقوع التصرف [٢]

القضاء وانواع المحاكم : اما القضاء فلم يكن منفصلا عن الادارة بل كان يمارسهما معا مجلس واحد ، فلكل مديرية مجلس ولكل مركز مجلس وهما مجلسان شعبيان ومن فوقهما مجلس العرش لا للمديرية بعينها ولا لمركز خاص وانما للبلاد جميعاً واعضاؤه كبار الموظفين .

طرق الاثبات : الامتحان : وكانت طرق الاثبات المتبعة فطرية

---

(١) قارن نظام دعاوي العشائر في العراق .

(٢) Deans — ص ٣ .

خرافية ففي القضايا الجنائية اخذوا بالامتحان : يكاف المتهم بان يقبض على حديد محمي في النـار او يغمس ذراعـه في ماء يغلي ، ويطعم لقمة الزقوم او يلقى في النهر مكتوفاً فان احترقت يده او سلق ذراعه او رسب في اليم او غص بلقمة الزقوم كان هـذا دليل ادانته والا فهو بريء لان العدالة الالهية تؤيدالمظلوم بقوة خفية تمنع عنه فعل العناصر الطبيعية [1]

التزكية : وفي القضايا المدنيه اخـذوا بطريقة غـير مألوفة في القضاءالحديث تسمى التزكية ، فيطلب من المدعى عليه تزكية يمينه بضعف عدد مزكي المدعي فان اتى بهم واقسموا جميعاً على صحة يمينه لا على علمهم بالدعوى ووقائعها ولم يختلفوا في صيغة اليمين ولم ينكل احـدهم رفضت دعوى المدعي والا حكم له وكان عـدد المزكـين يتراوح بين ثلاثة واثنين وسبعين والغالب ان يكون اثنى عشر شخصاً وكانت المحكمة تشترط انـ يكونوا اشخاصاً معينين بذواتهم او تترك لمن عليه عبء الاثبات حرية اختيارهم ، ولا يشترط في المزكين العلم بالدعوى بل هم يحلفون على اعتقادهم

---

(١) ومازالت بعض قبائل البادية ، كعرب شبه جزيرةسيناء في مصر ، تمارس مثل هذه الطريقة وتسمى البشعة

صدق من يزكون بمينه . . . . ومن اصول التزكية الا يناقش المزكي في يمينه ولا يسأل عن مصدر علمه وان يحكم وفقاً للتزكية ولو كذب المزكون . فان حنث المزكي او المزكى في يمينه يعاقب جنائياً كشاهد زور ، لكن لا يلغى الحكم بل يلزم الحانث بالتعويض المدني . ويظهر ان العقاب لم يردع المزكين فقد نشأت طبقة منهم حول المحاكم يرتزقون من التزكية . وتجري التزكية عادة في دعاوي الدين والعقود ولا تقبل في الدعاوي التي تمس مصالح الملك ولا في الدعاوي الجنائية ولا في دعاوي الاراضي وفي ذلك تناقض فان كانت التزكية طريقة بها يمحص الحق من الباطل فلم تجوز في بعض الدعاوي دون البعض الآخر . ويظهر ان التزكية نشأت اولا في الدعاوي التي لا يمكن التحقق من صحتها الا بالتحقق من عدالة الاخصام وطهارة ذمتهم بتزكيتهم مثل دعوى دين او امانة لم يطلع عليها احد غير الاخصام ثم مدت الى سائر دعاوي العقود»[1]

البينة : واخذوا ايضاً في نوعي القضايا بالبينة اي شهادة الشهود وهم هنا شهود رؤية لا مجرد مزكين ، ولكنهم ايضاً ما كانوا

(١) النظام القضائي انجلترا لصفوت في ص ١٣ و ١٤

ليناقشوا في اقوالهم « ولا سلطة للمحكمة على تقدير شهاداتهم ووزنها بل عليها ان تحكم بها فمناقشة الشهود ووزن شهاداتهم وطرح ماتهاتر منها امر حديث »[(١)]

ولم يتميز القضاء الكنسي بل كان رجال الدين يجلسون في محاكم المراكز حيث تنظر الدعاوي الكنسية مع سائر الدعاوي .

العهد النورماندى

فتح النورمانديون انجلترا في النصف الثاني من القرن الحادي عشر (١٠٦٦) فاثروا في نظم البلاد تأثيراً كبيراً كما سنرى :

النظام الاقطاعى والميراث : فترعرع في ظلهم النظام الاقطاعى[(٢)]

---

(١) صفوت ـ المرجع السابق ص ١٤

(٢) من الكتاب الانجليز من يقرر ان النظام الاقطاعي وجد فى البلاد قبل العهد النورماندي مثل بلاكستون وقد اشار Deans في كتابه : The Student's Legal History ، الطبعه ٤ ص ١٣ الى هذا فقال :

« Opinions differ as to whether tenures were known to the Saxons. Coke, Selden and others think that they were. The opinions of Hale, Spelman are on the other side. Blackstone adopts a middle opinion and says that there were no real tenurs, but only holdings very like

الذي يقوم على علاقة الولاية من جانب التابع والحماية من جانب المتبوع واستتبع هذا وجود محاكم اقطاعية هي محاكم اللوردات تفصل فى القضايا بين من يتبعون نفس اللورد ، ولان هذا النظام لا يتواءم مع تشريك جميع الاولاد فى الميراث ، فقد اصبح الارث حقاً للولد الاكبر دون غيره من الاولاد وهذه الطريقة تسمى ميراث البكر Primo geniture (١)

طريقة المصارعة :

واستحدث النورمان طريقة المصارعة للاثبات « فمن فاز على

---

tenures before the conquest. »

ثم رجح هذا الراي الوسط، راي بلاكستون، وقال ان الارض كانت محملة بواجبات ثلاثة Trionda Necessitas هي الخدمة العسكرية ، وبناء الحصون للدفاع عن البلاد ، وبناء الجسور ، وان تلك الواجبات قد التبست في نظر من قالوا بوجود الاقطاع عند الانجلوسكسون «بالخدمات» Services الواجبة للورد والتى هي مفتاح النظام الاقطاعي .

— ويلاحظ ان نفس المؤلف (دينز) قد ذكر فى نفس كتابه (ص٤) عند كلامه عن النظام القضائى في العهد الانجلوسكسونى :

«... there were other courts held by thanes within their own land. Within such land the administration of justice was absolutely in the hands of the lord. »

(١) الاستاذ على بدوي - مذكرات ص ٩٨ و ١٠٢ و ١١٠

خصمه يحكم له ؛ ويثبت بهذه الكيفية كل نقطة فرعية متنازع عليها ؛ حتى شهود الطرفين اذا تهاتروا تصارعوا » [١] . ولم يؤد ادخال المصارعة الى الغاء طرق الاثبات القديمة مباشرة [٢] فان الامتحان ظل معمولا به حتى سنة ١٢١٥ حين الغى عملا لا قانونا بقرار من مجمع اللاتران وهو مجمع كنسي عقد في انجلترا وقرر استنكار هذه الطريقة ومنع القسس من حضورها فبطلت عملا وكذلك التزكية لم تلغ قانونا الا سنة ١٨٣٣ ولكن هذا الاجراء التشريعى سبقه صدور قرار من مجمع كلارندون سنة ١١٢٦ باستنكارها كوسيلة اثبات الا انه وقف عند الاستنكار فلم يصدر تشريع بالغائها حينذاك .

تمييز القضاء الكنسي ونموه ثم تغييره فالغاؤه :

وقضى وليم الفاتح بفصل القضاء الكنسى عن القضاء الزمني فشكلت محاكم خاصة بالكنيسية تطبق قانونا كنسيا يستمد

---

(١) صفوت المرجع السابق ص ١٦

(٢) وهذا غير ماقد يتوهم من قول الاستاذ بدوي في مذكراته ص ١٠١ « اصبحت اجراءات التحقيق والمحاكمة تتم بتجربة المبارزة بدلا من التجارب الثلاثة السابق ذكرها في العهد الانجلوسكسوني » .

قواعده من القانون الروماني ومن اوامر البابا الرئيس الاعلى للدين المسيحي ، وجعل اختصاصها شاملا قضايا رجال الدين الجنائية والمدنية وما يتعلق بطهارة الروح Cure of the Soul من مثل الحاد او خطيئة دينية وقد نزعت المحاكم الكنسية فيما بعد الى توسيع اختصاصها فشملت طهارة الروح الزواج والطلاق والهبة والوصية والحنث بالايمان والقذف في الاعراض والتزوير والخداع ، هذا الى ابتداعها نظرية الصالح العام الكنسي (١) التي تجعلها مختصة بالفصل في كل نزاع مدني اوجنائي يمس مصلحة من مصالح الكنيسة او رجلا من رجالها او ارضاً من اراضيها . هذا الى ما تمتع به رجالها من امتياز ديني يعفيهم من قضاء المحاكم الملكية في جرائمهم ولو مست امان الملك ، ثم ما تمتعت به دار الكنيسة من حصانة فمن لاذ بها من المتهمين فقد اعتصم بارض حرام لا تحل ملاحقته فيها (٢)

(١) قارن نظرية او بدعة الصالح المختلط Interet Mixte التي عمدت اليها المحاكم المختلطة في مصر لتوسيع اختصاصها

(٢) ويسمى الامتياز الاول Renefit of Clergy ـ والثاني Privilege of Sanctuary ـ و يقارن هذا الاخير بالحصانة التي تتمتع بها دور تمثيل الدول الاجنبية على اساس افتراض قانوني يؤدي الى اعتبارها جزء من ارض الدولة الاجنبية (جروسيوس)

وكان طبيعياً ان تتجهم السلطات الاخرى لهذا التوسع والامتياز فاخذت تقص من اطراف النفوذ الكنسى خارج النطاق الديني البحث فالغي اختصاص المحاكم الكنسية بنظر قضايا الاراضى في دستور كلارندون وضيق نطاق الامتيازين السابقين ثم الغيا تماماً في القرنين السادس عشر والسابع عشر ، ونزع عن محاكم الكنيسة اكثر اختصاصها المدني حتى اذا كان النصف الثاني من القرن الماضى فقد صارت مجردة منه كل تجريد وقد ردت الى حظيرتها الدينية فلا تعدوها .

نظام المحلفين : استثناء فتعميم :

ومن تجديدات العهد النورماندي في ميدان القضاء ادخاله نظام المحلفين[1] فقد اخذوا بطريق التحقيق كوسيلة اثبات قضائي اي استحلاف ان يقرروا الحقيقة فيما يسألون عنه ويظهر انها كانت متبعة لدى ملوك الفرنجة حيث يمس النزاع مصالح الملك وذلك لعدم جواز اللجوء الى الطرق الابتهالية كطريقة الامتحان او التزكية ولا طريقة المصارعة . وقد اقتبس امراء نورماندیا هذه الطريقة عن ملوك الفرنج واتبعوها في امارتهم

(١) راجع مع ذلك ما سبق ذكره من عزوه الى العهد الانجلوسكسوني

فلما فتحوا انجلترا نقلوها معهم وكانت اول الامر امتيازاً لشخص الملك ولمن يمنحه او يبيعه اليه : ثم جعل هنري الثاني للمدعى عليه في دعوى متعلقة بملكية ارض ان يختار وسيلة المحلفين بدلا من المصارعة التي كانت بطبيعتها تحرض الاقوياء على اقامة الدعوى ضد الضعفاء فان اختار ذلك كلف الخصمان او شريف الناحية التي تقع فيها ارض النزاع بانتقاء اربعة اشخاص يقومون باختيار اثنى عشر شخصاً آخرين من المجاورين لتلك الارض ثم يقضى الستة عشر وفق علمهم الشخصي [1] اي الخصمين احق بالارض ، ثم قرر مجمع كلارندون سنة ١١٦٦ ان من تنزع يده عن ارض بغير حكم قضائي ترد اليه بدعوى اعادة وضع اليد اذا قرر المجاورون لها انها كانت تحت يده قبل ان ينزعها خصمه منه بصرف النظر عن المالك الحقيقي ، وقد سمى اولئك المجاورون محلفى وضع اليد Possessory Assize ثم اخذ النظام يمتد شيئاً فشيئاً فى النطاق المدني حتى اصبح اللجوء اليه حقاً لكل فرد

---

(١) لا يقبل اليوم من القاضى في مصر ان يقضي بعلمه وقد نقض حكم لمحكمة جنايات القاهرة لان القاضى ادخل في تقديره علمه الشخصي (عدم رؤيته المتهم فى مكان عمله العادى يوم وقوع حادث القتل بعيداً عن ذلك المكان)

في كل نزاع بعد ان كان امتيازاً لمن يحظى به قاصراً على انواع معينة من النزاع .

وكما اصدر مجمع كلارندون القرار السابق بالنسبة لدعاوي وضع اليد ، اصدر قراراً آخر يقضي بان ينتخب في كل مديرية اثنا عشر رجلا من كل مركز واربعة من كل قرية يحلفون ان يجيبوا بالصدق على استفسار الحكام المتنقلين بشأن من يشتهر عنه انه ارتكب جريمة قتل اونهب او سرقة او آوى مجرماً فمن تتهمه تلك الهيئة يعرض على الامتحان لان المصارعة والتزكية لاتقبلان في الدعاوي العامة ومن سلم منهم بعناية الله فلتقطع ارجلهم ولينفوا من الارض لانهم اشرار اشتهروا بسوء السلوك [١]

المحاكم في العهد النورماندي

ولكن كيف كان الاختصاص القضائي موزعا في العهد

---

(١) الكلام في نظام المحلفين ملخص عن كتاب الاستاذ صفوت المشار اليه آنفا حيث عالج ذلك النظام من ص ٤٣ ـ ٥٥ وقد احتفظنا بكثير من الفاظه ـ ويحسن بالطالب موازنة هذا القرار الذي يقضي بتوقيع عقوبة على من لم تثبت ادانة بما تقدم (باب العدالة في الشريعة الاسلامية) بشأن فكرة التعزير بغير معصية والتعهد بحفظ السلام في القانون العراقي

النورماندي ؟ لقد المنا بحالته قبل فتحهم واشرنا الى ما نشأ في ايامهم من قضاء كنسي وقضاء اقطاعي ورأينا كيف عادوا فبرموا بقضاء الكنيسة واقتصوه من اطرافه ، فلنقل هنا ان ملوكهم قد ضاقوا بالقضاء الاقطاعي كما ضاقوا بالقضاء الكنسي وقد توسلوا الى الاقلال من سلطانه بوسائل منها ارسال قضاة متنقلين يمثلون مجلس العرش الى نواحي البلاد للفصل في الخلافات مستعينين بالمحلفين وقد جعلوا لهم الفصل في قضايا الاراضي ولو كانت اساساً تقع في اختصاص محاكم اللوردات، وكذلك عمدوا الى اختصاصها الجنائي فضيقوه بوسائل منها التوسع في مدلول عبارة امان الملك حتى صارت تشمل الجرائم الفردية كبيرها وصغيرها كالتزوير وشهادة الزور فليس لمحاكم اللوردات ان تعرض لها ولو وقعت داخل الحدود الاقطاعية.

ولكن لحساب من كان ذلك التوسع او الطغيان على اختصاص القضاءين الكنسي والاقطاعي ؟ لقد رأينا من قبل ان الهيئات القضائية قبل الفتح النورماندي كانت مجالس المديريات ومجالس المراكز ومن فوقها مجلس العرش ، فاما الطائفة الاولى والثانية فقد كانتا معتبرتين محاكم شعبية حتى ان

الموظف الذي كان يرأسها ما كان يشترك في إصدار القرار ، وكان لها اختصاص عام مشترك في جميع الدعاوي المدنية والجنائية [١] . اما مجلس العرش فكان اعلى محكمة في البلاد يجلس فيه الملك مع كبار الموظفين للنظر في الخلافات التي تنشب بين كبار التابعين وللنظر في امور الحكومة ومراقبة الامن وادارة القضاء وكان ذا اختصاص ابتدائي بنظر الدعاوي الجنائية المخلة بالامن العام اى امان الملك وكل تعد على رجال الدولة والدعاوي التي للملك او بيت المال مصلحة فيها ، واختصاص استثنائي يراقب به احكام المحاكم الدنيا ، بل كان له ان يتصدى ابتداء للفصل فيما يدخل في اختصاصها .

القضاء الملكي وفروعه :

هذا الاختصاص الواسع المنوّع المركّز في هيئة واحدة اخذ يتحلل فنشأت من صميم مجلس العرش وعلى حواشيه هيئات قضائية تسمى « المحاكم الملكية » في مقابلة غيرها من المحاكم شعبية وكنسية واقطاعية . هذه المحاكم الملكية هي :

---

(١) النظام القضائي في انجلترا ـ ص ٩

المحكمة المدنية :

وقد اختصت بنظر القضايا المدنية وقضايا الاراضي بين الافراد مما كان داخلا في اختصاص مجلس العرش .

محكمة بيت المال : نشأتها الادارية ونزعتها الانصافية :

تنسب الى الديوان الذي استحدثه النورمانديون على غرار ديوان بيت المال في نورمانديا ، ولما كان لمجلس العرش مراقبة امور الدولة ومنها ما يتعلق باموالها ، فقد اختص بعض اعضائه بمراقبة حساباتها وضبط وارداتها واستدعى تحقيق ذلك اجراءات منها استدعاء ملتزمي الضرائب لتقديم حساباتهم اليها ودفع ما عليهم للدولة وكان طبيعياً ان تعرض على اولئك الاعضاء الخلافات التي تثور حول الاموال العامة فاليهم يرفع المولون ظلاماتهم من ملتزمي الضرائب واليهم ترفع ظلامة الملتزم من الممول فجمعوا في اشخاصهم الى الوظيفة الادارية وظيفة قضائية ثم ادت طبيعة الاشياء الى الفصل بين الوظيفتين فنشأت من ديوان بيت المال واستقلت عنه محكمة بيت المال سنة ١٣١٢ ولكنها لم تنس نشأتها الادارية الاولى فلم تتقيد في حسم المنازعات المتعلقة بالاموال الاميرية بالاجراءات وصور الدعاوي

حسب الشرع المتبع في المحكمة المدنية او مجلس العرش بل كانت تقبل على سبيل الانصاف وتحريا للحقيقة ما لا يقبله القانون الجامد فتقتسر الخصم على ان يقدم ما لديه من المستندات لمصلحة خصمه « مثلا اذا ادعى الملتزم على ممول عدم وفاء الاموال الاميرية ودفع المدعى عليه بالوفاء وطلب اثبات ذلك بالاطلاع على اوراق حساب الملتزم يجاب الى طلبه ... ومثل اعلان الشهود ولم يكن اعلانهم رسمياً جائزاً في المحكمة المدنية بل على الخصم احضار شهوده بنفسه اما في بيت المال فيعلنون رسمياً ومن يتخلف منهم عن الحضور يغرم ، ومثل اجازة الدعوى البولصية فتحكم المحكمة فيها على مدين كل مدين بالاموال اميرية ومديني مدينه مهما بعدت الدرجة بالوفاء لاجل تحصيل الاموال الاميرية فتتميز اجراءاتها بنزعة ادارية الغرض منها الوصول الى الحقيقة في الدعوى من غير تقيد بالاجراءات الشرعية .»[1] وقد استحسن المتقاضون امنها ذلك فتحيلوا وتحيلت معهم لتوسعة اختصاصها

---

(١) صفوت - المرجع السابق ويلاحظ انه ذكر الدعوى البوليصية ولعل الاصوب ان يقول الدعوى غير المباشرة وهي غير البوليصية التي يطلب الدائن فيها عدم سريان تصرف المدين بالقياس اليه .

حتى يشمل ما لا يتصل بوظيفتها اصلا [١]

المحكمة الملكية King's Bench

والصفة تتخصص هنا فتخلع على نوع واحد يدخل في عموم المحاكم الملكية بالمعنى الواسع . وقد كانت المحكمة الملكية بقايا او بقية مجلس العرش — في نطاقه القضائي — بعد تفرع المحكمة المدنية ومحكمة بيت المال منه ، وبما ان المحكمة المدنية قد سبقت فاختصت بالقضايا المدنية ، لم يتبق للمحكمة الملكية الا الاختصاص الجنائي ولكنها مع ذلك سلكت سبيل الحيلة لمد اختصاصها الى القضاء المدني كما بيناه عند الكلام في الحيل الشرعية .

محكمة بيت المال العليا :

وقد بقي اختصاص مجلس العرش الاستئنافي للمحكمة الملكية ولكن محكمة بيت المال تمسكت بطبيعتها الفريدة وطالبت بانشاء هيئة خاصة تستأنف اليها احكامها فانشئت محكمة استئناف بيت المال التي صارت محكمة بيت المال العليا . اما احكام المحكمة

---

(١) راجع ماتقدم في باب الحيل واالكلام عن دعوي (بقدر ذلك) — وقارن هذه النزعة بنزعة محكمة المستشار .

المالكية ابتدائية واستئنافية فكانت تستأنف الى مجلس اللوردات ثم صارت تستأنف اولا الى محكمة بيت المال العليا فاذا ما فصلت في الاستئناف استؤنفت احكامها هي الى مجلس اللوردات

القوانين المطبقة :

رأينا من قبل مصادر القانون الكنسى ، واما المحاكم الشعبية ومحاكم الاقطاعات فكانت تطبق تقاليد البلاد القديمة ، في حين ان المحاكم الملكية كانت متعددة المصادر فمنها التقاليد المعزوة الى ملوك العهد الانجلوسكسوني وقد حمل بعضها عليهم كذباً لان وليم الفاتح قد شاء ان لا يشعر الشعب بانه غريب عنه وحرص على اقناعه بانه الحفيظ على تقاليده [١] .

وقد وجدت بعض مبادئ القانون الروماني سبيلها الى القانون الانجليزي عن طريق القانون الكنسى وعن طريق دراسته التى انتشرت في القرن الثاني عشر كما ذكرنا من قبل .

ثم يضاف الى هذين المصدرين الدساتير الملكية اي التشريعات التي احطنا بامثلة منها ، واحكام المحاكم الملكية ومبادئها

(١) قارن هذا بما حدث من خلق احاديث نبوية مكذوبة ، وما عزي الى مجموعات جستنيان من تحريف واسناد باطل مثل قولها ان دقلديانوس هو محدث فكرة الغبن

محكمة العدل والانصاف :

وقد كانت هذه القواعد القانونية في جملتها اضيق صدراً من ان تتسع لبعض صنوف المعاملات المستحدثة مثل نظام « Trust » المقارب لنظام الوقف او الاشتراط لمصلحة الغير ، وادى تطبيقها على وجهها الى مفارقات واجحاف . وكانت اعمال الحكومة التنفيذية في ذلك العصر تقسم بين ديوان بيت المال وقد رأينا اختصاصه وديوان المستشار ومهمته ان يقوم بسائر الاعمال التنفيذية والكتابية كسكرتارية عامة للملك وعلى رأسه المستشار : هو حامل الختم وقسيس الملك ووزير البلاط في آن واحد . ولما لم يكن التقاضي الى مجلس العرش وما تفرع عنه حقاً للافراد وانما منحة من الملك كان لا بد من صدور امر يسجل هذه المنحة ، ولان المستشار هو الذي يمهر الامر بخاتم الملك ، فقد استطاع بهذه الوسيلة ان يتصرف ويبتدع اوامر جديدة Writs تواجه الحالات المستحدثة التي لا ينهض لها امر سابق وكثر ابتداعه حتى اوجس البرلمان خيفة فاصدر قانوناً منع به استحداث اوامر جديدة فلم يعد المستشار يصدر امراً Writ بل صار يستدعي الخصم ليمثل في حضرته ويجيب عن شكوى المدعي

والا قضى عليه بغرامة حتى يحضر فاذا حضر استجوبه باجراءات القسس لا باجراءات المحاكم ثم فصل في الدعوى . ومن جهة اخرى استبقى الملك الاختصاص الاستثنائي مدة طويلة قبل ان ينقل الى محكمة استئناف بيت المال ولمجلس اللوردات . فكان يحيل عرائض التظلم الى المستشار ليقضى فيها قضاءه . ثم كان المستشار اختصاص من نوع ثالث ذلك ان من اراد مقاضاة الملك ما كان ليجد هيئة يرفع امره اليها فيعمد الى الملك نفسه يبثه شكواه فيحيلها الى مستشاره لينظرها .

وقد رأينا عند معالجة العدالة كيف كان المستشار يفصل في الخصومات وكيف كان يستهدي وحي ضميره حتى سميت محكمته او محكمة العدالة بمحكمة الضمير . [1] واي نوع من القواعد والاجراءات قد نشأ في ساحته في مواجهة محاكم القانون العام العادي .

هل ابتكرت محاكم القانون العام قواعد عدالة ؟

ولكنما ذهب بعض الباحثين الانجليز ينقبون في قضاء المحاكم العادية ليستخرجوا منه امثلة تطوع لهم ان يقرروا وجود

---

(١) وفي هذا يقول الشاعر الانجليزي :

« Three give place in Court of Conscience
Fraud, accident , and breach of confidence . »

« عدالة » سابقة على « عدالة » المستشار اي ان محاكم القانون العام نفسها قد خرجت عن احكام القانون العام فراراً من اجحاف او التماساً لانصاف . وقد عقد الاستاذ Hazeltine فصلا في ذلك المعنى (١) ذكر فيه ان محاكم القانون العام سبقت محكمة العدالة ، بوجه الاجمال ، في صيانة حقوق من عقد الاشتراط لمصلحته على الاقل في حالة تسليم شخص نقوداً لآخر لكي يستعملها في مصلحة ثالث فكان هذا مقدمة لقضاء محكمة العدالة الخاص بنظام الـ Trust وانتقل الاستاذ الى امثلة اخرى فقال ان قضاء العدالة الخاص بشرط تملك الرهينة عند عدم الوفاء جاء مسبوقاً بقضاء محاكم القانون العام التي كانت تمنح المدين اجلا جديداً للوفاء فان انقضى من غير ان يفي كان للمرتهن تملك العين ، وكذلك سبقت محاكم القانون العام محاكم العدالة الى عدم اعتبار الشرط الجزائي واستشهد بقضية تتلخص ظروفها في ان شخصاً تعهد بتسليم مستند الى آخر في موعد محدد والا دفع قدراً معيناً من المال

---

(١) « The Early History of English Equity »

راجع مقالات في التاريخ القانوني تليت امام المؤتمر الدولى للدراسات التاريخية الذي عقد في لندن سنة ١٩١٣ — ص ٢٦١ وما بعدها

كشرط جزائي وقداقيمت عليه الدعوى مطالبة بهذا القدر فاعتذر بان زوجته وراء البحر وان المستند معها وزاد على ذلك ان المدعى لم ينله ضرر من التأخير فاصاخت المحكمة الى منطقه رغم تمسك المدعى بالنص الصريح الذي لا يعلق الدفع على حصول ضرر ما ووجهت الكلام اليه قائلة .

« What equity would it be to award you the debt when the dowment is tendered and you can not show that you have been damaged by the detentin ? »

ولكنها لم تستطع مع ذلك ان تقضى صراحة برفض الدعوى فارجأت الحكم سبع سنين . ثم استعرض الكاتب حالتين اخريين لدعم قضيته هما حالة الامر بالتنفيذ العيني واصدار اوامر المنع .

حالة المحاكم فى القرن التاسع عشر ثم توحيدها :

الخلق الانجليزي كما يقول Bagehot بارع في ابتداع المستحدثات التي تواجه الضرورات الطارئة ومن هنا كانت هذه المحاكم الكثيرة التي لم يتبع في ترتيبها سياسة معينة سابقة وانما كان يقام كل منها لمواجهة طائفة بعينها من الظلامات فبلغ عدد انواعها حوالى منتصف القرن التاسع عشر تسعة عشر نوعاً هي

المحكمة المدنية — محكمة بيت المال — المحكمة الملكية — محكمة بيت المال العليا — محكمة الطلاق الابتدائية — محكمة الطلاق الاستئنافية — محكمة الوصايا — المحكمة البحرية — المحكمة المتنقلة — محكمة الدعاوي المعلقة — محكمة العدل والانصاف الابتدائية — محكمة العدل والانصاف الاستئنافية — محكمة التفاليس الابتدائية — محكمة التفاليس الاستئنافية — مجلس اللوردات — محكمة الجنايات المركزية — محاكم الصلح الجزئية — محاكم الصلح الرباعية — محاكم المديريات ، هذا الى محاكم خاصة بالموانئ والاسواق الخ

وقد كان طبيعياً ان ينتج هذا التعدد تعارضاً في الاختصاص فرؤي توحيدها وجعلها محكمة واحدة عليا لجميع البلاد تقسم الى دوائر تختص كل دائرة منها بصنف من الدعاوي وصدر بذلك قانون توحيد المحاكم في سنة ١٨٧٣ الذي عدل تعديلات اخرى وصار في البلاد كلها محكمة ابتدائية واحدة ومحكمة استئنافية واحدة فالاولى تتألف من المستشار وله الرياسة ومن قاضي القضاة ونائب المحكمة وقاض آخر وتقسم الى ثلاث دوائر : الدائرة الملكية والدائرة الانصافية ودائرة الوصايا والطلاق والامور

البحرية وقد قصد بهذا التقسيم الداخلي تسهيل العمل وضمان شيء من التخصص الا انه غير مطلق فيجوز رفع اية دعوى في اية دائرة فان كانت غير مختصة كان لها نظر الدعوى او تحويلها الى الدائرة ذات الاختصاص ولم يعد ثمت فرق مؤثر لان قانون ١٨٧٣ نفسه قدقضى كما ذكرنا من قبل بان تطبق جميع المحاكم على اختلاف انواعها القانون العام وقانون العدالة معاً فان تعارضا غلبت الثاني على الاول .

وقد يظن ان في الاقتصار على محكمة ابتدائية فذة لجميع البلاد ارهاقاً للمتقاضين البعيدين عن مقامها ولكن هذا الظن يرتفع اذا علمنا انهم انشأوا لها اقلاما فرعية في المديريات تباشر فيها الاجراءات وتقدم المستندات ويتم تحضير الدعوى ثم تنظر في حالتها الاخيرة امام المحكمة الابتدائية في العاصمة ، او امام المحاكم المتنقلة المتفرعة او الموفدة منها .

ولان هذه المحكمة الابتدائية هي الوحيدة ، كان اختصاصها عاماً شاملا لا يرد عليه قيد موضوعي ولا قيد مكاني . ثم كان لها فوق ذلك اختصاص استئنافي فاليها تستأنف احكام محاكم المديريات التي بقي لها اختصاص مدني محدود لا على سبيل الانفراد بل شركة

بينها وبين المحكمة الابتدائية بمعنى انه في حدود معينة (تشمل الدعاوي المدنية الشخصية التي لا تزيد قيمتها عن مائة جنايه) يثبت الاختصاص لكل من الهيئتين فان جاوزتا تلك الحدود فالاختصاص للمحكمة الابتدائية فقط .[1] اما محكمة الاستئناف فتنظر ما يرفع اليها من استئنافات ضد احكام المحكمة الابتدائية التي صدرت عنها كدرجة اولى او كدرجة ثانية .

القضاء الجنائي :

اما القضاء الجنائي فموزع بين المحاكم الجزئية التي تنظر الجرائم البسيطة في النواحي بغير محلفين والمحاكم الرباعية التي تعقد في المديريات اربع مرات كل عام ويكون قضاتها هم قضاة المحاكم الجزئية الا انهم ينظرون الدعوى بحضور المحلفين ، واختصاصها

---

(١) ويلاحظ ايضاً ان هناك محكمة تسمى محكمة محافظ لندن Lord Mayor's Court of London وهي اقدم من المحاكم الملكية اذ انها كانت تقوم بالنسبة للندن مقام المحاكم الشعبية بالنسبة لداخل البلاد — واختصاصها مقصور على قلب العاصمة فيشمل دائرة قطرها ميلان تقع فيها المصارف ومراكز ادارة الشركات الكبرى . فان كان موضع الدعوى كلها قد نشأ فى هذه الدائرة اختصت بنظرها مهما تبلغ قيمتها — والمدعي بالخيار بينها وبين المحكمة الابتدائية

اهم واوسع فكل الجنايات تعرض عليها الا ما استثنى مثل خيانة الوطن والتحريض على الثورة والقتل والحريق وانتهاك قداسة الاديان فهذه وغيرها مما استثنى نصاً يقع في اختصاص المحاكم المتنقلة التى تشكلت من بعض قضاة المحكمة الابتدائية الذين يطوفون البلاد اربع مرات في العام وينظرون ما يقع في اختصاصهم بحضور المحلفين ايضاً . وكما ميزت العاصمة بمحكمة مدنية ، ميزت بمحكمة جنائية تسمى محكمة جنايات العاصمة تختص بنظر جميع الجنايات — التي يشملها اصلا اختصاص المحاكم الرباعية والمتنقلة — اذا وقعت في لندن او ما يحيط بها .

واخيراً توجد محكمة استئناف الجنايات ترفع اليها الاحكام الصادرة بالادانة من كافة المحاكم الجنائية ما عدا الجزئية [١]

---

(١) نكتفي بهذا القدر لاعطاء فكرة عن هذا النظام القضائى الغريب الذي يتفرد من دون النظم اللاتينية بخصائص سبق الاشارة الى بعضها مثل عدم جواز استئناف حكم البراءة ، ولا باس من ان نشير هنا الى ظواهر اخرى في ذلك النظام منها ان الشارع وسع على القاضى الجزئي فجعل له سلطة الحكم بغرامة في جريمة عقوبتها الحبس دون الغرامة والنزول الى الحد الادنى في العقوبات ولو كان دون الحد الادنى المنصوص عنه كعقاب للجريمة ، واهم من ذلك ان القاضي يستطيع شطب

تاريخ القانون العراقي

ليس في برنامجنا، وليس في نيتنا، وليس في مستطاعنا ان ندرس تاريخ القانون العراقي دراسة مستفيضة ولا كافية ولا مرضية . لاسيما ان تاريخ القانون العراقي هو — في قسم كبير من اقسامه ان لم يكن اكبرها — تاريخ الشريعة الاسلامية وهذا قد افردت له مادة خاصة في الصف الثالث فلنقتنع اذن بوضع خطوط رئيسية او علامات سير اورؤوس موضوعات لدراسة تاريخ القانون العراقي .

نقصد بالقانون العراقي الشرائع التي حكمت هذه القطعة

الدعوى ولو كانت التهمة ثابتة اذا استخلص ان الظروف تدعو الى شطبها كأن يكون الموضوع تافهاً او سن المتهم صغيراً ، وان له ارجاء النطق بالحكم رغم انتهاء المحاكمة وذلك نظام شبيه بنظام وقف التنفيذ ولكن علماء العقاب يرونه افضل من هذا الاخير بعض الاحايين وذلك لانه ينقذ المتهم من لوثة الحكم . فاذا قضى المدة المعينة بغير وزر جديد بدا أمام الناس شريفاً اذ لم يصدر حكم بادانته مطلقاً بعكس حالة وقف التنفيذ التي ينطق فيها بالحكم ويعرف وانما يوقف تنفيذه .

من الدنيا التي تتكون منها دولة العراق . وفي هذه الجزيرة كانت شريعة حمورابي ، وقد قيل انها جاءت مسبوقة بشريعة اخرى استقرت في نفس هذا المكان العريق . وقد كان على العراق ان يشهد تطورات مختلفة والوانا منوعة من السلاطين والنظم قبل ان تقوم دعوة الاسلام وتشمله رايته وتحكمه شريعته ويزدهر فيه فقهه . ثم كانت غارة المغول وما تلاها حتى دخل العراق الدائرة الامبراطورية العثمانية المرنة ثم كان الاحتلال الانجليزي فعهد الاستقلال او العراق الحديث .

ولا شك ان تاريخ القانون العراقي ، كتاريخ اي قانون آخر ، قد تأثر بتاريخه السياسي فلو شئنا تقصي تاريخه القانوني لكان علينا تقصي « تواريخ قوانين » كثيرة وانه لمن الاهداف التي يجمل بكلية الحقوق العراقية ان تتطلع اليها ان تجعل لمثل هذه الدراسة الواسعة مكانا خاصا لها في اقسامها العالية في المستقبل ان شاء الله . اما الآن فحسبنا القليل ، حسبنا ان نرجو وان نخطر على بال غيرنا ان يحاول سلوك هذا الطريق .

مشروع تقسيم

اذن نستطيع ان نضع التقسيم الآتي لتاريخ القانون في العراق :

١ — ما قبل حمورابي

٢ — قانون حمورابي

٣ — ما بين حمورابي والفتح الاسلامي

٤ — من الفتح الاسلامي الى الفتح العثماني

٥ — من الفتح العثماني الى الاحتلال الانجليزي

٦ — عهد الاستقلال .

العهد الاول

سكن العراق في مطلع التاريخ قبل ان تقوم فيه الدولة البابلية شعبان هما السومريون والاكديون . « فسكن السومريون الفرات الاسفل وسكن الاكديون الفرات الاوسط وسموا البلاد باسميهما » . (١)

وقد كشف قانون حمورابي سنة ١٩٠٢ وبعد ذلك بثلاثة عشر عاماً عثر على اجزاء من قانون قديم آخر لا يعرف زمنه على وجه التحقيق ولكن بعض العلماء — ونرجو الا يكونوا متأثرين باعتبارات غير علمية — يرجحون ان يكون تاريخه واقعاً بين

(١) « التاريخ والحضارة في الازمة الغابرة » للسيد طه الهاشمي — ط ٢ ص ٥١

عامي ٢٤٦٥ و ٢٣٤٧ ق م وبهـذا يكون سابقـاً على تشريع حمورابي ويكون هذا المشرع العظيم قد اتخذه جزءً من « المواد الخامة » التي صنع منها تشريعه.[١] وقد نشر الاستاذ Scheil ترجمـة لمواد هذا القـانون التي سبقت الاشـارة الى بعض

(١) انظر شلبريك ادواردز : ص ١٣٣ «The World's Earliest Laws »

وفيما يلي بعض اقواله بشأن مصادر تشريع حمورابي :

« The earliest known contract-tablets are in the Sumerian language and there are many records which are evidently judgments, or written decisions, given by judges. Thus a considerable body of case-law must have grown up, and the next step would be to codify it. »

ثم قال عن القانون المكشوف سنة ١٩١٥ :

« The date of these copies is somewhat uncertain but they are ascribed with much probability to the dynasty of Ur (2465-2347 B.C.), By their language and their character they must be consider ably earlier than Hammurabi, and we may be confident that they were part of the material he employed for drawing up his own Code. »

— تأمـل قول المؤلف بشأن « تقنين » الاحكام القضائية السابقة على حمورابي .

منها [١] وقد ترجمتها الى العربية وستنشر الترجمة قريباً [٢]

وقد عثر على نصوص اخرى عرفت باسم « قوانين الاسرة السومرية » وقال الاستاذ س ادواردز بشأنها : « ويظهر انها استعملت لتعليم اللغة السومرية ولكن المرجح انها اقتبست من قانون قديم » . [٣] وارى ، استكمالا لهذه المجموعة القانونية القديمة ، ان انقل اليكم ترجمتها على علاتها : [٤]

١ — اذا قال ابن لابيه : « لست ابى » دمغ وقيد وبيع كعبد

٢ — اذا قال ابن لامه : « لست امي » دمغ وجهه ونفى من المدينة وطرد من المنزل

---

(١) انظر ص ١٠ من هذه المذكرات وحاشيتها

(٢) ويلاحظ ان الاستاذ ش . ادواردز قد اورد في كتابه السابق الاشارة اليه ستة وعشرين مادة باعتبار انها ما عرف من القانون القديم السابق على حمو رابي . وقد اتخذنا في ترجمتنا نصوص الاستاذ (شيل)

(٣) المرجع السابق ص١٤٧

(٤) الترجمة عن النصوص الانجليزية الواردة في المرجع السابق نفس الصفحة ـ انظر ايضاً للالمام بالنظم القانونية قبل حمو رابى كتاب التاريخ والحضارة للهاشمي من ص٨٣ ـ ص ٨٧ فقد وردت بهاالحكام مفصلة ولكن لم يشر الى مساندها مكتفياً فيما يظهر بسرد مراجع الكتاب جملة واحدة

٣ — اذا قال اب لابنه : « لست ابني » ترك المنزل والمال

٤ — اذا قالت ام لابنها : « لست ابني » سقط حقها في المنزل والمال

٥ — اذا ابغضت زوجة بعلها وقالت : « لست زوجي » القوا بها الى النهر

٦ — اذا قال زوج لزوجته : « لست زوجي » وزن لها نصف (مينا) من الفضة

٧ — اذا استأجر رجل عبداً ثم مات او اصبح عديم الفائدة او اضطر للهرب او العصيان (؟) او اصيب بمرض ، فان يده تزن نصف (كا) من القمح عن كل يوم (؟)

العهد الثاني
قانون حمورابي

عرضنا فيما تقدم للصلة بين قانون حمورابي وما سبقه من تقنين او عرف او قضاء . ونريد الآن ان نعرض لهذا القانون فنشير الى تاريخ وضعه ثم الى المقدمة التي قدم له بها ثم نحيل الى

ترجمة نصوصه التي نشرناها في مجلة القضاء لتكون جزءً مكملا لهذه المذكرات ، ثم نلم بالختام الذي ختمت به تلك النصوص واخيراً نلقي نظرة الى بعض احكامه ثم نتركها لنحيل احالة اخرى الى ما سبق ذكره بشأن علاقة القانون المصري والقانون الروماني بذلك القانون العظيم قانون حمورابي .

تاريخ التقنين

يرى شلبريك ادوار دزان القانون قد وضع بين عامي ٢٠٨٤ و٢٠٨١ قبل الميلاد معتمداً على ان حمورابي قد اشار في مقدمته وختامه اي انه حاكم آشور ونينوى وهو لم يفتحهما الا في السنة التاسعة والثلاثين من حكمه وقد حكم ثلاثة واربعين عاماً [1]

المقدمة

قدم حمورابي لقانونه بمقدمة اشار فيها الى القابه والى التفويض

---

(١) انظر مع هذا الى كتاب خلاصة تاريخ العراق للاب انستاس ماري الكرملي ص ٢٠ حيث يقول : وفي نحو ٢٠٠٠ سنة قبل الميلاد أقبل شيخ آموري اسمه (سموابو) وانشأ لنفسه مملكة في ارض شنعار ... وقام من هذا البيت بعد مائة سنة ملك اسمه حمورابي الخ .» ومن هذا نرى الخلاف في تحديد التاريخ وقد ذكرنا من قبل تاريخاً تقريبياً —

الالهي له والى رعاية مصلحة الشعب ، ثم جعل للقانون ختاماً اخذ يضرب فيه على نفس النغمة محذراً من يأتي بعده من تحوير قانونه او طمس اثاره وفيما يلي بعض ما جاء في تقدمته :

«عندما عهد (انو) العظيم ملك (الانوناكي) وعندما عهد (بل) سيد السماء والارض الذي يقدر للعالم مصيره ، عندما عهدا بجماعات البشر الى (ميروداخ) الابن البكر لـ (ايا) والرب المقدس للقانون ، جعلاه عظيما بين (الاجيجي) ورفعا اسمه السامي في بابل علياً في البلاد ، وشادا له فيها مملكة مخلدة ستدوم آساسها دوام السماء والارض .

ثم قضت رحمة (انو) و (بل) بالناس ان يدعواني ، انا الامير المعلم ، لاقيم العدل في الارض واحطم السفلة والاشرار واكف القوي عن اضطهاد الضعيف ، ثم لاشع نوري كاله الشمس فوق الرجال ذوي الرؤوس السوداء واسكب في الارض الضياء .

انا حمورابي من اختاره (بل) راعياً ، انا صاحب الثراء والخصب انا الملك البطل من رد (اريدو) الى دولتها الاولى وطهر دين (ابو)

انا رافع اسم بابل ، شارح صدر ربي (ميروداخ) الذي اتعبد له في (ساجيلا) كل يوم

انا قبر الاعتداء ، الذي يتم به النصر . صاحب الصولجان والتاج ، من خلقه (ماما) الحكيم انسانا بعيد النظر

قاهر الاعداء ، مختار (بتليتيم) انا ، الامير الطاهر الذي يسمع (اداد) دعاءه

الحكيم ، النشيط ، من قضى على قطاع الطرق ..

راعى الرجال ، الخادم الذي يترضى (انونيت)

مصدر العدالة ، حارس الشعب ؛ ساحق الاعداء ؛ معلى اسم (اشتار) في نينوى

الفرد الرفيع ؛ الذي يتواضع للآلهة العظام ، نسل (سومولا - ايلو) الملك القوى ؛ ابن بابل ؛ مشع النور فوق سومر وآكاد ، الملك الذي يطاع في اربعة اقطار الارض ؛ انا اثير اشتار .

عندما اقامني (ميروداخ) حاكما على الرجال ، لاقودهم واوجههم اقمت القانون والعدل في البلاد ؛ من اجل مصلحة الشعب . »

ختام القانون

وختم القانون بعبارات منها :

انا حمورابي الملك الحامي لم انزع نفسي من الجنس ذي الرأس الاسود الذي عهد به الى (بل) الحامي واقامني (مردواخ) راعيا عليه . انا لم اضطجع على جانبي ولكني هيأت لهم منازل السلام . حللت من المسائل ما صعب وسكبت الضوء الى الخارج . بالسلاح البتار الذي اعارنيه (زاماما) و (اشتار) ، بالنظر الثاقب الذي وهبني اياه (ايا) بالشجاعة منحة (ميروداخ) لى ، اقتلعت جميع الاعداء من هنا وهناك وبلغت الاعماق . لقد ابهجت نفوس اهل البلاد وامنت المقيمين بها من خوف . انا الذي اختارته الآلهة ليكون راعى الانقاذ والطهر والنجاة

اظل مدينتى بظلي الوارف وفي صدري اعز اهل (سومر) (واكاد) وفي رفادي يعيش اخوتهم سالمين . لن يقهر القوى الضعيف ! لن يعدم اليتيم والارمل عزاء في بابل البلد الذي رفع رأسه (انو) و (بل)

في (ساجيلا) هذا الهيكل الثابت الاساس ثبات السماء والارض ، لاعلن قانون البلاد ولافهم اود الضعيف ، كتبت كلماتى النفيسة على مسلتي ووضعتها ازاء صورتي كملك العدل .

انا العاهل الذي يسمو فوق ملوك المدن . كلماتي قد احسن

وزنها، وخطري ليس له من نظير ستبهر عدالتي الارض بامر شماش قاضي السماء والارض. وبفضل (ميروداخ) الهي لن يحطم تمثالي وسيذكر اسمي دائما في معبد ساجيلا الذي احبه، وامام صورتي كآله للعدل سيمثل المضطهد ليبث ظلامته فيقرأ مسلتي ويفقه نفيس كلمي فتوضح له هذه الكلمات قضيته ويجد حقه وينشرح صدره ويقول : « لقد كان حمورابي اباً صادقاً لشعبه، حف بالرهبة ارادة ميروداخ ربه وحقق له النصر هنا وهناك . لقد شرح صدر ميروداخ الهه وابهج قلوب شعبه الى الابد وأقام في الارض النظام . » فاذا فرغ من قراءته صلى امام ميروداخ الهي و (زاربانيت) سيدتي بقلب سليم .

وفي مقبل الايام، وفي كل زمان، سيرعى حاكم البلاد كلمات العدل التي خططتها فوق مسلتي، وليس له ان يغير قانون البلاد الذي سننت اونظمها التي وضعت، وليس له كذلك ان يخرب آثاري . لئن كان هذا الرجل حكيما ولئن اراد ان يحفظ النظام في بلاده فسيرعى الكلمات المكتوبة على مسلتي، ان هذه المسلة ستظهر له قوانين البلاد ونظمها التي سننتها فليحكم شعب الرؤوس السود وليعلن قوانينهم وليحكم قضاياهم وليجتث من البلاد الاشقياء

والاشرار وليشرح صدور شعبه

انا حمورابي ملك العدالة قد هداني شماش الصراط المستقيم، كلماتي قد احسن وزنها وخطري لا نظير له

فلئن حفظ ذلك الرجل كلامي الذي حفرت فوق مسلتي ولم ينحرف عن شريعتي ، ولم يغير آثاري ، فسوف يديم (شماش) آثاره كما تدوم آثاري انا ملك العدالة ، ويقود بالانصاف شعبة .

فان لم يرع ذلك الرجل كلمي الذي خططت على مسلتي وهزأ بغضبي ولم يخش لعنة الله فأبطل القانون الذي شرعت او غير في كلامي او شوه نقوشي اومحا اسمي ليكتب اسمه في موضعه ، فليطفئ (انو) العظيم اب الآلهة الذي توج حكمي ، فليطفئ مجد عرشه ويمزق صولجانه ويلعن نهايته . وليدبر (بل) الذى بيده مقادير البشر والذى لاتبديل لكلماته ، والذى عظم ملكي، فليدبر له فتنة يخرج زمامها من يده ، ولينشق نسيم خرابه فوق عرشه وليكن حظه اعواما من التاوه ، وقصراً في العهد وسنين من القحط وظلاما بلا ضوء وموتا مفتح العيون .

وليسترد (ايا) الامير العظيم الذي تمثل قراراته مكانة الصدر المفكر المقدس ، الحكيم الذي اطال ايام حياتي ، ليسترد الفهم

والحكمة منه ويغرقه في النسيان ويقطع أنهره من مصادرها ، ويمنع حبوبه ، حياة الناس ، من النمو في البلاد

وليقطع (اداد) الهالخصب وامير السموات والارض ومعيني ، ليقطع عنه أمطار السماء ويبدد ارضه بين الحاجة والمجاعة

ويرعد بغضبه على مدينته ويرسل الزوابع على املاكه .فتجعلها خرابا . . .

وليلعنه آلهة السماء والارض ، ليلعنه الانانوكي في جمعيتهم ، ليلعنوه لعنة قاتلة ، وليلعنوا حبوبه وأرضه وجيشه وشعبه وخدمه

ويا « بل » ! يامن لاتبديل لكلماته ، العنه لعنة جبارة سريعة الاثر .)

نظرة في قانون حمورابي

نريد الان ان نلقي نظرة الى هذا التشريع في نواحيه المختلفة من جنائية ومدنية

الجرائم :

لم يذكر القتل الا في مادتين (٢٤) و (١٥٣) وذكرت جرائم اخرى منها قطع الطرق والسرقة ويلاحظ بالنسبة للجريمة الاخيرة ان العقاب اختلف باختلاف المسروق من حيث كونه

جماداً اومتحركا ففي الحالة الاولى كان العقاب القتل لان الجماد لايستطيع ان يتحرك فلا بد ان المتهم حمله بنفسه اما في الصورة الاخرى فلامكان تحرك المسروق خففت العقوبة وجعلت التعويض الاجبارى الذي تقل قيمته اذا كان مالك المال المسروق رجلا من رجال الشعب وهذه التفرقة الاخيرة غير مقبولة بعكس التفرقة الاولى . - ومن الجرائم المذكورة شهادة الزور ومساعدة الجندي على الهروب والضرب وقد ميز قانون حمورابي كما تميز القوانين الحديثة بين الضرب والضرب المفضي الى موت وعرف القانون جرائم الامتناع (م ١٠٩ عدم قبض بائمة الخمر على الثوار)

ويظهر ان البابليين اخذوا بنظام الدية (م ٢٤) ولكنهم لم ينكروا القصاص ايضاً (م ٢١٠ و ٢٢٩ و ٢٣٠) وقد جاء في رسائل تل العمارنة صورة خطاب أرسله (بورنا بورياش) ألى أمينوفيس الرابع انه لم يثأر لدماء رسله الذين قتلوا في كنعان فسيقتل الرسل المصريين قصاصاً [1]

---

(١) اشار الاستاذ ادواردز ايضا الى ماجاء في الانيادة على لسان (ديدو) من طلب للانتقام :

"And must I die ? she said "
And unrevenged ? 'T is doubly , to be dead ;

العقوبات

العقوبات المذكورة في مواد القانون هي القتل (بالذبح او الاغراق والوضع على آلة تعذيب) والقطع والغرامة . ثم الجلد الذي لم يذكر الا في مادة واحدة هي المادة (٢٠٢)

طرق الاثبات :

نرى ان طرق الاثبات هي الامتحان واليمين . وقد عرفنا الاول في دراستنا للقانون الانجليزي

اما الثاني فكان الوسيلة العادية للاثبات .

الاقراض :

كان الاقراض يتسع عند البابليين ليشمل عقوداً لاتعتبر اليوم قرضا : مثل اعطاء فضة على ان يرد المستلم حبوباً او العكس . وقد عرف البابليون « الفائدة » فلم يتشعب رأيهم حولها كما تشعبت آراء غيرهم « فهذا ارسطو مثلاً في كتاب السياسة يرى من غير الطبيعي ان تلد قطعة نقود معدنية قطعة اخرى ولذلك كان المبرر الذي تبرر به الفوائد غير صحيح. وهذا سان باسيل يقول ان من يقبض الفائدة كمن يجني ثمرة بذر غيره. والى القرن السادس عشر الميلادي لم يفطن الاقتصاديون الى لحقيقة

الظاهرة تلك ان مهمة الفائدة هي التعويض عن الهلاك الكلي او الجزئي لراسالمال او التأخر في رده ثم مكافأة المقرض لما قدمه من خدمة ... اما البابليون فان الفائدة عندهم تسمى Sibtu ومعناها « النمو » او الزيادة ولانهم لم يعرفوا النقود المعدنية ولم يكن لديهم الا كمية قليلة من الفضة غير المسكوكة ، كان الاقراض يرد اكثره على الحبوب والحبوب اذا بذرت اتت باضعافها فعقلوا ان يسترد المقرض اكثر مما اقرضهم . وسواء عندهم استعملت النقود المعدنية او لم تستعمل لانهم رأوا ان هذه النقود تشتري بها حبوب فيسري عليها ما يسري على الحبوب . وربما بدا لنا سعر الفائدة عندهم مرتفعا (٣٠ ٪ من الحبوب و ٢٠ ٪ من الفضة) ولكن خصوبة الارض قد مكنت المقرض من تحمله لان الحبة كانت تنتج خمسين »[١].

وكانت العمليات الزراعية اكثر ما يستدعي الاقتراض فاتخذ صوراً غير مألوفة لنا كالاتفاق على ان يعطي مقترض السمسم لمقرضه كمية من الزيت ، وكانت بعض القروض بغير فائدة بل كان بعضها فوق ذلك يعلق رد رأسماله على شرط (اقراض

(١) ادواردز ص ٧٩—٨١ .

خدمة الهيكل للمرضى من مال الهيكل على ان يرد القرض اذا برئوا من المرض) [1] .

الديون والتنفيذ

كان التنفيذ على جسم المدين لا على ماله فقط ، وكان للمدين ان يقدم اولاده وزوجه (مالم تكن الزوجة قد اشترطت على الزوج اسقاط هـذا الحق بالنسبة لها م — ١٥١) ليعملوا لدى الدائن لقاء دينه هـو على الا تتجاوز مدة خدمتهم هذه ثلاثة اعـوام (م ١١٧) .

ومما يستحق التنويه ان المادة ٢٤١ منعت التنفيذ على الثيران المملوكة للمدين وقد لاحظ الاستاذ شلبريك ادواردز ان هـذا المنع شبيه بمنع قوانين الاجراءات المدنية التنفيذ على الآلات اللازمة للصانع فان الثور كان وسيلة الزارع للحياة [2] .

الخدمة العسكرية والاقطاع

كان ملوك بابل يقطعون بعض الافراد اراضيهم الواسعة فتترتب على هؤلاء واجبات مدنية وعسكرية (م ٢٦—٤١) ولم

---

(١) المرجع السابق ص ٨٢و٨٣ (٢) المرجع السابق ص ٨٧

تكن علاقة التبعية هذه لتمنعهم من ان يقتنوا اراضي اخرى . يشترونها من مواردهم الخاصة .

المبراث :

والذي يستدعي انتباهنا بصفة خاصة في نظام الاقطاع ان الاراضي المقطوعة كان ارثها حقاً الذكور من الاولاد دون الاناث ودون الزوجة وذلك لان الذكور هم الذين يقاتلون في الجيش [١] .

اما بالنسبة لسائر الاموال فقد حورت القاعدة تحويراً غير كبير فالزوجة لا ترث في الرقبة وانما ترث في المنفعة فتكون لها في قدر نصيب الولد الذكر [١] . اما البنات فلا يأخذن شيئاً من

(١) قارن نظم الميراث في الجاهلية : « فقد كانوا لا يورثون النساء ولا الصغار من ابناء الميت وانما يورثون من يلاقي العدو ويقاتل في الحروب » الطبري ج ٤ ص ١٨٥ .

(٢) هذا مايقوله الاستاذ ادواردز ــ ونصه الانجليزي (م ١٧٢ أ)
« .. she shall receive a portion of the possessions of her husband's house equal to that of a son »
والاحظ ان المادة (١٧١ب) اشارت الى حق انتفاع الزوجة بما يكون زوجها قد كتبه لها (انظر الحاشية القادمة) ثم جاءت المادة ١٧٢ (ا) وواجهت حالة عدم كتابة الزوج شيئاً للزوجة فقالت انها حينئذ تأخذ مثل نصيب الولد ولم تشر الى الانتفاع فنحن امام تفسيرين : اما ان نقيس هذه الحالة على سابقتها (مفهوم الموافقة) واما الا نقيسها (مفهوم المخالفة) .

التركة فتوزع الرقبة بالتساوي بين الاولاد الذكور ويكون للزوجة المنفعة المذكورة آنفاً . وليس حرمان البنات مبنياً على مبدأ ارتباط حق الارث بواجب القتال ، ولكنه مبني على ان البنت قد اخذت في حياة ابيها بائنة فحسبها هذا ولذلك رأينا الزوجة تساهم في التركة ، ورأينا البنت التي لم تتزوج تأخذ من التركة قيمة البائنة .

ولم يكن الزوج يرث زوجته[1] وانما يرثها اولادها فأبوها فأخوتها .

الوصية والهبة :

يظن الاستاذ ادواردز انه لم يكن للرجل حق في الوصية لا لاجنبي ولا لوارث بل ان تركته توزع على النحو الذى رأينا ولكنما كان له حق الهبة اثناء حياته (١٥٠و١٦٥ و ١٧١ و ١٧٩)[2] وتقريره عدم وجود الحق في الوصية يتعارض تعارضاً صريحاً مع ترجمتنا المادة (١٧١ب) و (١٧٢) فقد جاء في الترجمة : تاخذ

---

(١) قد نتساءل : ماهي اموال الزوجة وقد راينا انها لاترث ا باها ولا زوجها ؟ والجواب على هذا ان لها البائنة ولها مايهبه زوجها اياها (م ١٥٠)

(٢) ص ٠٠

الزوجة بعد وفاة زوجها بائنتها وما كتب وصية لها الخ »

و « اذا لم يكن قد اوصى لها الخ »

ونرى اثبات الترجمة الانكليزية التي قام بها الاستاذ ادواردز) نفسه:

" The spouse shall take her dowry,and the settlement which her husband made her and wrote in a tablet for her " (١)

الزواج :

نجد في القانون مواد تشير الى المهر الذى يدفعه الرجل والبائنة التي تدفعها المرأة فكيف يوفق بين الامرين ؟

يرى الاستاذ ادواردز ان الزواج كان زواجا بالشراء فالزوج يدفع ثمن الزوجة ثم امحت فكرة الشراء هذه وأصبح المهر رمزاً لها ودليلا على ان الزوج قادر على عيال زوجته ، واصبح المهر هبة من الزوج لزوجته عن طريق أبيها فلا يحتفظ به الاب الا اذا كان فقيراً(٢)

---

(١) انظر في معنى Settlement ، بالنسبة للقانون الروماني ، - بكلاند ص ٣٦١ - ٣٦٤ [Text] .

(٢) وقد لاحظ هذا الاستاذ ان المؤرخ اليوناني هيرودوتس اخطأ عند ما قال في وصفه لزواج البابليين ان جميع الفتيات الصالحات للزواج كن يعرضن في يوم معين من ايام السنة وما يحصل من اثمان المليحات يعطى للقبيحات كي يدفعنه بائنة . وقد اسف هيرودوتس لان هذا

التبني :

عرف البابليون التبنى كما عرفه الرومان ولكن مبرره لم يكن رعاية عبادة الاسرة فالبابليون شعب سامى ، وانما قصد به غايات عملية كالاستعانة بالمتبنى [١] وكان يحدث ان يغير السيد صفة عبده فيتبناه فيصبح ولداً بعد ان كان عبداً [٢]

الحرف :

في القانون مواد كثيرة غرضها حمل ارباب الحرف على اتقان عملهم وان مسؤلية البناء في قانون حمورابي لتذكرنا بمسؤلية المهندس والمقاول المشددة المقررة في القانون المصرى (م)

ملاحظات مجملة :

في القانون احكام كثيرة عادلة او حكيمة او رحيمة نرى من الانصاف الاشارة اليها اشارة سريعة :

فالمادة (٥) تردع القضاة عن الانحراف . والمادة (١٨) تقرر

النظام البديع قد زال : ـ واشار الاستاذ ادوا ردز الى ان المادتين ١٦٣ و ١٦٤ تبينان ان هذا المهر كان يرد للزوج ـ كما ذكر ان عقود الزواج تثبت وقوعه فى ايام مختلفة من العام لا في يوم واحد معين كما فهم هيرودوتس.

(١) شلبريك ادواردز ص ١٠٧ و ١٠٨

(٢) « « « ١٠٨

حق المكافأة على صاحب العبد الامين لمن يرده اليه والمادتان (٥٣) و (٥٥) تعوضان الجار عن الفعل الضار الذي يتخذ صورة الاهمال والمواد ٩٠ — ٩٧ تحدد علاقة المقرض بالمقترض وتورد احكاما تحد من جشع الاول

فالمادة (٩٠) تحدد سعر الفائدة والمادة (٩١) تقاوم الربا الفاحش بجزاء شديد هو ابراء المدين من دينه كله والمادة (٩٤) غامض ولعلها تنهى عن الربح المركب

والمادة ١٠٣ كالمادة ٤٨ تجعل القوة القاهرة معفية من لاالتزام

والمادة ١٢٩ شبيهة ببعض القوانين الحديثة من حيث تقريرها حق عفو الزوج عن زوجته الزانية .

والمادة ١٣٤ ترأف بالزوجة التى اسر زوجها دون ان يترك في المنزل مايقوم باودها فلا تؤاخذها اذا القت بنفسها الى رجل آخر

والمادة (١٤٨) ترخص للزوج الذي مرضت زوجته ان يتزوج من غيرها ولكنها لاتسمح له بان يطلقها

الدور الثالث
الشريعة الاسلامية

اعيد هنا ما اشرت اليه من ان نظام هذه الكلية قد جعل دراسة تاريخ التشريع الاسلامي مادة مستقلة في الصف الرابع .

ومع ذلك فقد المنا خلال دراستنا للحيل القانونية والتشريع وقواعد العدالة ومناطق نفوذ القانون الروماني بشيء من تاريخ الشريعة الاسلامية [1]

الادوار الاخيرة

أما تاريخ القانون العراقي في العهد العثماني وماتلاه من عهدي الاحتلال والاستقلال فقد اشارت اليه مذكراتنا في مادةالمدخل (اقسام القانون)

﴿ انتهى ﴾

---

١) انظر هذه المذكرات من ص ١٨ ـ ص ٤٢

ومن ص ٤٥ ـ ص ٥٧ ومن ص ٧٨ ـ ٧٩ ـ ومن ص١٢٧الى ص١٤٥

ومن شاء توسعا فليرجع الى المراجع التى اشرنا اليها في تلك الصفحات والى مراجع اخرى مثل علم اصول القانون لاستاذنا السنهوري ص ١٤٢ـ١٥٨ مقال للاستاذ الشيخ احمد بك ابراهيم بعنوان مصادر التشريع الاسلامى القانون والاقتصاد ومقالات بمجلة قضاء س او ٢) للاستاذ السيد طه الراوي ـ وكتاب جديد للاستاذ حسن الخطيب المدرس بمدرسة دار العلوم بالقاهرة عنوانه التشريع الاسلامي



Bibliotheca Alexandrina
04402850